3 1761 06761303 4

Presented to the

LIBRARY *of the*

UNIVERSITY OF TORONTO

by

KAREL AND MIROSLAVA

CVACHOVEC

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/dieobligationsve00sche

Die

Obligationsverhältnisse

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Josef Freiherrn von Schey
o. ö. Professor an der Universität Wien.

I. Band.

Wien, 1907.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Die

Obligationsverhältnisse

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Josef Freiherrn von Schey,
o. ö. Professor an der Carl-Franzens-Universität zu Graz.

I. Band.

1. Heft:

Einleitung. — Das Darlehen.

Wien, 1890.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
(Julius Klinkhardt & Co.)
I. Kohlmarkt.

LIBRARY
JUL 0 4 1990
UNIVERSITY OF TORONTO

Vorwort.

Nicht über die Fehler und Mängel, welche eine „Vorrede“ zwar bescheiden eingestehen, aber nicht rechtfertigen kann, möchte der Verfasser ein Wort vorausschicken, sondern nur über gewisse Punkte, die Befremden erregen oder Tadel hervorrufen dürften, für welche es aber nicht an Erklärungsgründen fehlt.

Das Buch, dessen erstes Heft hiermit vor die Öffentlichkeit tritt, soll „die Obligationsverhältnisse des allg. österreichischen Privatrechts“, den sog. „speciellen Theil des Obligationenrechts“, systematisch behandeln — ohne vorhergehenden „allgemeinen Theil“. Das mag manchem gewagt erscheinen. Den Verfasser bewog zu dieser Methode zunächst ein äußerer Grund. Die Literatur des österreichischen Privatrechts hat schon mehrfach die Erfahrung machen müssen, dass groß angelegte Werke nicht zur Vollendung gelangen. Gerade, weil alle diese Werke nun schulgerecht mit dem „allgemeinen Theile“ des Systems begannen, besitzen wir mehr als eine Bearbeitung dieses Theiles, während die meisten „speciellen“ Theile erst noch der Darstellung harren. Was insbesondere das Obligationenrecht betrifft, so ist in neuerer Zeit nicht nur das bekannte Buch Hasenöhrl's mit den „allgemeinen Lehren“ zum Abschlusse gelangt, sondern es liegen aus der Feder Unger's eine ganze Reihe einzelner Paragraphen — leider noch „Fragmente“! — aus dem allgemeinen Theile eines Systems des Obligationenrechts vor, welche die Hoffnung auf eine abgeschlossene Darstellung dieses Theiles von berufenster Seite wieder erweckt haben. Der „specielle Theil“ des Obligationenrechts scheint vorläufig keine solche Aussicht zu haben. Der Verfasser glaubte deshalb der österreichischen Jurisprudenz einen besseren Dienst zu leisten, wenn er dem Missgeschicke aus dem Wege gieng, mit seiner Arbeit gerade nur so weit zu kommen, wie seine Vorgänger, und lieber dort einsetzte, wo mit jedem Schritte vorwärts ein Stück bisher brach liegenden Bodens gewonnen werden konnte — mochte auch die strenge Systematik verletzt werden, und mochte damit auch die Schwierigkeit,

sowie die Unzulänglichkeit seiner Arbeit um so auffälliger zu Tage treten.

Zu diesem äußeren kommt aber auch ein innerer Grund. Unsere heutige deutsche Rechtswissenschaft — das lehrt der Entwurf eines brgl. Gb. für das Deutsche Reich und die Literatur desselben — unterliegt weit eher der Gefahr, die systematische Behandlung durch Abstraction zu übertreiben, als das Allgemeine in dem Speciellen zu übersehen. So mag es geradezu ein Vortheil sein, wenn die Untersuchung, einmal von den einzelnen Instituten des Obligationenrechts ausgehend, allgemeine Grundsätze in ihrer concreten Erscheinung ins Auge fasst.

Allerdings, bei solchem Verfahren musste in dem „speciellen Theil" so manches bei Gelegenheit erörtert werden, was strenge genommen nicht in diesen Theil des „Systems" gehört, und die weitere Folge musste eine gewisse Willkür in der Abgrenzung des Stoffes sowie eine recht ungleiche Ausdehnung der einzelnen Capitel sein. Um den Text nicht zu sehr zu zerreißen, anderseits aber keinen zu dichten Wald von „Noten" zu schaffen, hat der Verfasser den Ausweg versucht, Excurse über derartige Punkte, sowie einzelne weitere Ausführungen, in den „Zusätzen" zu geben, auf welche bei den betreffenden Schlagworten im Texte die Randbemerkung verweist.

Überhaupt war mit Rücksicht auf die oben dargelegten Umstände eine gewisse Breite der Darstellung nicht wohl zu vermeiden. Auf neuem Boden geht man nur langsam und nach allen Seiten Umschau haltend vorwärts.

Die schrittweise Publication schien dem Verfasser bei dem großen Umfange der Arbeit rathsam, wenn nicht die zuerst vollendeten Capitel bis zum Abschlusse der späten veralten sollten; sie schien aber auch zulässig, da jedes Heft, ein oder mehrere Capitel enthaltend, bei der gewählten Behandlungsweise — nach Art einer Monographie — ein abgeschlossenes Ganze bilden wird, ohne deshalb den Zusammenhang mit den anderen zu verlieren.

Kövecses, August 1890.

Der Verfasser.

Inhalt des I. Heftes.

Seite

§ 1. **Einleitung:** Das System der Schuldverhältnisse . . . 3—11

I. Buch: Geschäftsobligationen.

1. Abschnitt: Realverträge.

1. Capitel: Das Darlehen . . . . . 15—186

I. Begriff und Wesen des Darlehens . . . . . 15—60

§ 2. A. Der Begriff des Darlehens . . . . . 15—18

Zusatz 1. Geschichte des Darlehensbegriffes . 19—22

Zusatz 2. Begriff des „Capitals" . . . . 22—26

§ 3. B. Das Darlehen als Creditgeschäft . . . . 26—30

Zusatz 1. Der „Credit" . . . . . 30—33

Zusatz 2. Sprachgebrauch der Gesetzgebung . 33—36

§ 4. C. Das Darlehen als Realcontract . . . . . 36—43

I. Darlehen und Vorvertrag . . . . . 36—39

II. Darlehen und condictio sine causa . . . 40—43

Zusatz. Neuere Theorie der Realcontracte . . 43—46

D. Abgränzung gegen verwandte Rechtsverhältnisse . . . . . 46—60

§ 5. 1. „Vorschuss" . . . . . 46—49

2. Discontogeschäft 49

3. Quasiniessbrauch . . . . . 50—53

Zusatz . . . . . 53—55

§ 6. 4. Unregelmäßiges Depositum . . . . . 55—57

5. Irreguläre Mietverträge . . . . . 57—58

6. Barcaution . . . . . 58—59

Zusatz. Zur Construction der Barcaution . . 59—60

§ 7. **II. Gegenstände (Arten) des Darlehens** . . . . . 60—63

Zusatz 1. Begriff der „öffentlichen Schuldscheine" 63—65

Zusatz 2. Zu § 991 a. b. Gb. . . . . 65—66

Seite

III. Der Abschluſs des Darlehensvertrages . . . . . 66—93

§ 8. I A. Der (obligatorische) Consens.

1. Form. — 2. Irrthum. — 3. Stellvertretung 67—70

§ 9. B. Die Hingabe des Darlehens (Res) . . . . 71—86

1. Directe Hingabe

Eigenthumsübergabe — Hingabe fremden Geldes — Handlungsunfähigkeit des Gebers oder Nehmers . 71—76

Zusatz. Vermengung und Consumtion fremden Geldes . . . . . 76—79

§ 10. 2. Indirecte Hingabe . . . . . 80—86

a) durch einen dritten . . . . . 80—81

b) an einen dritten 81

c) durch Ermächtigung des Empfängers, sich die Valuta auf Rechnung des Gebers zu verschaffen . . . 81—84

§ 11. d) durch Verwandlung anderer Schulden in Darlehen 84—86

§ 12. C. Darlehen zwischen Ehegatten . . . . . 87—89

Zusatz. Das Ges. v. 25. Juli 1871, R. G. B. 76 89—90

§ 13. D. Verbotene Darlehensverträge . . . . . 90—93

1. Darlehen an Soldaten und Officiere — zwischen Staatscassen — an gewerbliche Hilfsarbeiter 90—92

2. Darlehen zu verbotenem Spiele . . . . . 92—93

IV. Die Darlehensobligation . . . . . 94—128

§ 14. A. Verpflichtung des Darlehensgebers . . . 94

§ 15. B. Die Verpflichtung des Darlehensnehmers (Darlehensschuld) . . . . . 95—128

1. Haftung für das Capital. — Die „Gefahr" . 95—97

Zusatz. Negotia stricti juris im heutigen Recht . . . . . 97—101

§ 16. 2. Zeit der Rückzahlung . . . . . 101—105

Zusatz. Cassatorische Clausel . . . . . 105—107

§ 17. 3. Die Rückzahlungsvaluta (bei Gelddarlehen) 108—115

Zusatz 1. Theorie der Geldschulden . . . 115—122

Zusatz 2. Concrete Fälle -- Einfluss des Fin. Pat. v. 1811 auf ältere Schulden — Couponsprocesse. . . . . 122—128

V. Der Zinsenvertrag . . . . . 129—158

§ 18. 1. Begriff und Wesen der Darlehenszinsen . . . 129—135

2. Fälligkeit der Zinsen 135

3. Gesetzliche Beschränkungen der Zinsenberedung 135—136

§ 19. 4. (Insbesondere) das wucherische Geschäft . . . 137—158

a) Geschichtliches — b) Das Ges. v. 24. Mai 1881 . 137—148

Zusatz 1. Principien der Wuchergesetzgebung 148—154

Zusatz 2. Zur Lehre von der Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte . . . 154—158

Seite

VI. Der Darlehensschuldschein . . . . . 159—172

§ 20. 1. Beweisurkunde und Dispositivurkunde. . . . 159—160

2. Form des Schuldscheines . . . . . 160—162

Zusatz. Zu § 114 a. G. O. . . . . 162—163

§ 21. 3. Exceptio non numeratae pecuniae . . . 164—166

Zusatz. Abstracte Verträge im österr. R.? . 166—172

§ 22. **VII. Darlehens-Vorverträge.**

1. Arten. — 2. Form. — 3. Stillschweigendes pactum? — 4. Wirkung. — 5. Crediteröffnungsvertrag . . . . . 172—177

§ 23. **VIII. Öffentliche Anleihen.**

1. Verhältnis zum Darlehen. — 2. Befugnis zur Aufnahme . . . . . 178—186

§ 1.

Einleitung: Das System der Schuldverhältnisse.

Rudhart Untersuchung über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge (1811); v. d. Pfordten Abhandlungen, Nr. 4: „Über die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge" (1840). — Arndts § 278; Windscheid §§ 362, 363; Förster-Eccius II § 121.

In dem „besonderen Theile" des Obligationenrechts ist „eine Reihe von Verhältnissen, wie sie die Mannigfaltigkeit des Lebens gestaltet,"[1] zur Darstellung zu bringen. An eine erschöpfende Aufzählung aller etwa möglichen Erscheinungen dieses Gebietes ist nicht zu denken. Nur die typisch wiederkehrenden können der Betrachtung unterzogen werden. Eben deshalb aber kann auch von einer Systematik derselben nicht in dem Sinne einer dialektischen Auflösung des großen Gattungsbegriffes in seine Arten und Unterarten gesprochen werden, sondern nur in dem Sinne einer Zusammenstellung von, ihrer praktischen Bedeutung nach, verwandten Verhältnissen und mit dem Ziele der möglichst klaren Übersicht über die einschlägigen Rechtsnormen.[2] Aus letzterem Grunde ist es für die wissenschaftliche Darstellung eines codificierten Rechts zunächst rathsam, soweit als thunlich der Ordnung des Gesetzes zu folgen,[3] ohne freilich sich das Recht

[1] Bruns „D. heutige röm. R." in Holtzendorff's Encyklopädie § 70.

[2] Die Lehre des Naturrechts forderte, dass das System „a priori die Glieder der Eintheilung vollständig und bestimmt aufzähle" .... „statt dessen alle empirische Eintheilung bloß fragmentarisch ist, und es ungewiss lässt, ob es nicht noch mehr Glieder gebe." Kant Metaphys. Anfangsgründe d. Rechtslehre § 31. Die heutige juristische Theorie ist darüber ziemlich einig, dass sie auf jenes „dogmatische System" verzichten muss; vgl. Bruns l. c., Windscheid § 362 N. 1. Rudhart geht zwar auch auf logische Geschlossenheit der Systematik der Verträge aus (s. S. 2 ff.), trägt aber dem empirischen Stoffe Rechnung durch die fortlaufende Beachtung des Zusammenhangs von Rechts- und Wirtschaftssystem (s. bes. S. 51 ff.). Sein wenig genanntes Buch enthält überhaupt manche treffende Bemerkung, so auch, was heute besonders interessiert, über das Verhältnis von Rechtstheorie und Gesetzgebung; vgl. z. B. S. 177, 254 und S. 262: „Alles in einem Gesetzbuche sei schön und wahr gesagt; aber man hüte sich, alles in einem Gesetzbuche zu sagen, was schön und wahr ist."

[3] Vgl. die vortrefflichen Worte Zeiller's über die Ordnung des Gesetzbuches bei Ofner I S. 9 f.

nehmen zu lassen, selbständig nach jenem Zusammenhange der einzelnen Erscheinungen des Verkehrs zu forschen.[4] Betrachtet man demgemäß

1. die Anordnung der einzelnen Schuldverhältnisse im österreichischen a. b. Gb.,[5] so findet sich als Ausgangspunkt der alte Gegensatz der obligatio ex contractu, ex delicto[6] und ex lege (§ 859), deren letzte aber (§ 860) nicht ex professo im Obligationenrecht, sondern je „an den gehörigen Orten" behandelt wird. Die zur ersten Gruppe zählenden Verhältnisse umfaßt das 18. bis 29. Hauptstück, die der zweiten das 30. Hauptstück des II. Theiles des a. b. Gb. Doch gelangen in den Capiteln der Vertragsobligationen auch gewisse „obligationes quasi ex contractu" zur Abhandlung.[7] Quasi-Delicte, soweit solche überhaupt für unser Recht anzunehmen sein mögen,[8] sind zu den Delictsobligationen (30. Hptstck.) gestellt, die „Bereicherungsklagen" aber gar nicht als einheitliches Verhältnis betrachtet, sondern theils in die Lehre von der Zahlung, theils an andere Stellen des Gesetzes verwiesen.[9]

Für die Ordnung der einzelnen Verträge[10] legten die Codificatoren vor allem den Gegensatz der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit zugrunde.[11] Der „Urentwurf" (Wgal. Gb.) ließ den Plan deutlich ersehen.[12] Zuerst wurden die unentgeltlichen Geschäfte besprochen, und zwar der Reihe nach Überlassung des Eigenthums — Schenkung;

[4] Eine entsprechende Gruppierung nach wesentlichen Gesichtspunkten wird doch immer auf die einzelnen Verhältnisse Licht fallen lassen; vgl. die unten berührte Frage der Quasicontracte, oder die Frage nach der Natur der Delictsobligationen im heutigen Rechte, wovon im II. Buche die Rede sein wird. Siehe auch v. d. Pfordten S. 306.

[5] Über die ganz verschiedene Systematik des Pr. L. R. s. Förster-Eccius II S. 4 f. und Rudhart S. 234 ff., 250 f.

[6] Das Wg. Gb. III §§ 1—3 (vgl. 13. Hptstck. d. III. Th.) stellte ausdrücklich die Obligation aus „Verschuldung" der aus Vertrag gegenüber. Das a. b. Gb. § 859 substituiert zwar ersterer die Verpflichtung „aus erlittener Beschädigung" (zu „Schadenersatz": 30. Hptstck.), weil es in der That manche Ersatzansprüche ohne Verschuldung anerkennt, aber ohne deshalb die Haftung ex delicto als das Grundprincip der Ersatzobligationen fallen zu lassen. Darüber wird im II. Buche zu sprechen sein. Vorläufig s. Ofner II S. 1 und den Vortrag Zeiller's bei Pfaff-Hofmann Exc. I S. 57.

[7] Sie gehören strenge genommen zu den obligationes „ex lege", welche daher im Sinne des § 860 „suo loco" einzureihen waren; vgl. Pfaff-Hofmann l. c. S. 80, Nippel VI S. 9 f. und unten S. 9.

[8] Vgl. oben N. 6.

[9] §§ 1431—1437, 877, 878, 1174.

[10] Obligationen aus einseitigen Rechtsgeschäften kennt zwar das a. b. Gb. (s. nur Vermächtnisse!), allein § 859 erwähnt ihrer nicht, und ist insoferne also unvollständig; denn die Einreihung jener Fälle unter die obligationes ex lege ist schief. Vgl. gegen Lemayer G. Z. 1869 S. 325 f. N. 2 Hasenöhrl I S. 308 N. 6.

[11] Vgl. Ofner II S. 23.

[12] Wg. Gb. III, 2. bis 4. Hptstck.; vgl. besonders III § 79.

des bloßen Gebrauches — Commodat und unverzinsliches Darlehen; „unentgeltliche Dienstleistungen" — Mandat und Depositum. Dann folgten die synallagmatischen Verträge, zunächst nach demselben Principe gereiht: Tausch und Kauf, Miete von Sachen oder Capitalien, Lohnverträge — als entgeltliche Überlassung von Eigenthum, Gebrauch oder Diensten; daran schlossen sich Gesellschafts- und Ehegüterverträge,[13] welche zwar auf Gegenseitigkeit, aber nicht auf Austausch von Leistungen beruhen, endlich die Glücksverträge, bei welchen die lucrative oder oneröse Wirkung zweifelhaft erscheint.[14] Die Sicherungsverträge blieben dem 3. Theile des Gesetzbuches vorbehalten. Im a. b. Gb. ist diese Ordnung zwar im wesentlichen beibehalten, aber die theoretische Geschlossenheit derselben einigermaßen getrübt gerade durch gewisse an sich wohlbegründete Modificationen. Vor allem zog man es aus guten Gründen nun vor,[15] das zinsbare und das unverzinsliche Darlehen nicht auseinanderzureißen, und so tritt nun mitten unter den unentgeltlichen Geschäften der „Zinsenvertrag" auf. Gleichfalls aus triftigen Motiven löste man das Depositum aus der Verbindung mit dem Mandate,[16] stellte es aber ohne sichtbare Veranlassung gleich neben die Schenkung, so dass der obenerwähnte Gedankengang (Überlassung von Eigenthum, Gebrauch, Diensten) gestört ist. Die Form des Vertrages ist dabei nicht als Eintheilungsprincip verwertet;[17] dennoch dürfte es nicht Zufall sein, dass die drei Realcontracte des mutuum, commodatum und depositum nebeneinanderstehen.[18]

2. Die theoretische Darstellung hat keinen Grund, von der besprochenen Anordnung des Gesetzes wesentlich abzuweichen.

Wer an die Gruppierung der einzelnen Schuldverhältnisse geht, hat sich die Frage vorzulegen, durch welches Moment diese Verhältnisse individualisiert werden; denn nur eben dies Moment kann den Eintheilungsgrund abgeben. Die nächstliegende Antwort[19] auf diese Frage

---

[13] Wenn das eheliche Güterrecht überhaupt in das Obligationenrecht gestellt wird, so gehören die betreffenden Verhältnisse in der That ihrem Zwecke nach zu den „gesellschaftlichen". Vgl. v. d. Pfordten S. 316 f.

[14] Vgl. Wg. Gb. III § 345; v. d. Pfordten S. 327 ff.

[15] Vgl. unten S. 45 f.; Rudhart S. 182.

[16] Tritt doch im Sinne unseres Gesetzes bei dem Mandat (vgl. § 1002) nicht so sehr die Pflicht des Mandatars, als dessen „Bevollmächtigung" in den Vordergrund.

[17] Vgl. Pfaff-Hofmann l. c. S. 79.

[18] Vgl. unten S. 10 f. Der Pfandvertrag ist passend unter die Sicherstellungsverträge versetzt.

[19] S. etwa Windscheid § 362, Arndts § 278, neuestens Wendt

nennt als Individualisierungsmoment den Entstehungsgrund, die „causa“ der Obligation in dieser Bedeutung.[20] Danach scheiden sich sofort die augenscheinlich wichtigsten zwei Kategorien der Vertrags-, richtiger Geschäftsobligation[21] und der Delictsobligation. Der Rest wird dann bekanntlich schon seit den Zeiten der Römer entweder als bunte Menge der „variae causarum figurae“ danebengestellt, oder möglichst in die zwei weiteren Fächer der Quasicontracte und Quasidelicte untergebracht.[22] Aber es kann nicht geleugnet werden, dass diese beiden Quasi-causae, als obligationsbegründende Thatbestände gedacht, recht unklare Dinge sind,[23] deren einzelne vor allem untereinander kaum irgend eine Verwandtschaft haben.[24] Das Eintheilungsprincip des Entstehungsgrundes bewährt sich jedoch auch weiterhin nicht, wenn an die Classification der einzelnen Vertragsobligationen gegangen wird. Will man da nicht auf jede Systematik verzichten, so muss man entweder lediglich nach formalen Momenten unterscheiden[25] (formlose und solenne Verträge u. dgl.), oder aber plötzlich einen anderen Theilungsgrund, etwa den Inhalt des Vertrages wählen.[26]

Der leitende Gedanke muss deshalb von Anbeginn ein anderer sein. Wenn es richtig ist, dass die Rechtsverhältnisse nur die rechtlich geregelten Lebensverhältnisse sind, und dass diese durch die „Bedürfnisse“ und Interessen des menschlichen Lebens“ ihre mannigfaltige Gestalt erhalten, so kann nur die Verschiedenheit und Verwandtschaft

---

§§ 244 ff. Gegen die, zuerst von Heise vorgeschlagene, Eintheilung nach Inhalt oder Gegenstand der Obligation s. v. d. Pfordten S. 303, Sintenis II § 95 N. 1.

[20] Vgl. zu dieser Bedeutung von causa Lotmar Über causa S. 3 ff., Schey in Grünhut's Zeitschr. IX S. 356 f.

[21] S. Windscheid l. c. N. 1 und unten S. 11.

[22] Cf. L. 1 pr. D. de O. et A. 44, 7; § 2 J. de obl. 3, 13; dazu Ramm Der Quasicontract S. 81 ff., 88 ff.

[23] Förster-Eccius II S. 4 N. 5; Baron § 210 A.

[24] Sucht man nach eigenartigen Entstehungsgründen der Obligationen, so erweist sich daher der „Quasicontract“ in der That als völlig wertlos für die Systematik. Von diesem Standpunkte hat Ramm l. c. S. 52, 97 ff. recht. S. aber unten S. 9. Übrigens ist mit Grund von Ramm l. c. S. 2 f., aber auch Unterholzner I S. 18, Schloßmann Vertrag S. 37 f., bemerkt, dass den Römern Quasicontract und Quasidelict „als selbständige Begriffe“ gar nicht bekannt sind.

[25] So die römische Classification der Verbal-, Literal-, Real-, Consensualcontracte; so aber auch die modernen Eintheilungen nach der Entstehung der Obligation aus „einseitigen“ oder „zweiseitigen Handlungen“ (Winiwarter IV S. 2, Förster-Eccius I S. 466); s. auch Lotmar l. c. S. 19 f.

[26] Hierher gehört die verbreitete Anordnung der Verträge als einseitig oder als (wesentlich oder zufällig) zweiseitig obligierender; s. z. B. v. d. Pfordten S. 307, Arndts l. c. u. a., dagegen Dernburg Pr. R. II § 133 N. 1, Stahl Philosophie des Rechts II, 1 S. 417.

dieser lebendigen Interessen die Grundlage auch für das System der Rechtsverhältnisse bilden.[27] Auf dem Gebiete des Vermögensrechts handelt es sich dabei um wirtschaftliche, im Bereiche des Obligationenrechts speciell um die Zwecke des wirtschaftlichen Verkehres.[28] Die wirtschaftlichen Zwecke, „causae" in diesem Sinne[29] also, sind es, welche, soweit sie im Leben als Typen immer wiederkehren, rechtlich normiert werden und das einzelne Rechtsinstitut individualisieren.[30] Nach ihnen hat sich daher die juristische Systematik zu richten.[31]

Überblickt man von diesem Beobachtungspunkte aus das Gebiet des Obligationenrechts, so kehrt vor allem der früher erwähnte große Gegensatz zweier Kategorieen wieder, aber mit anderer Bedeutung. Auf der einen Seite stehen die Zwecke der gegenseitigen wirtschaftlichen Verbindung und Ergänzung zwischen den Individuen, der Be-

[27] So Windscheid § 362 N. 1; damit ist der unverwüstliche Kern der Auffassung vom Rechte anerkannt, welche Ihering Geist d. röm. R. III § 60 f. und dann in allen seinen weiteren Schriften verkündet; ob man den Begriff des Rechts anders definiert, und ob man in Einzelheiten das Wirken der Rechtsordnung sich anders zurechtlegt, verschlägt dabei im Grunde nicht viel. Vgl. Schey in Grünhut's Ztschr. VII S. 760 ff. Vgl. neuestens auch Ryck S. 342 ff.

[28] Die „Bewegung der Capitale": Rudhart §§ 30 f.; „das Ineinandergreifen der Privatwirtschaften, deren keine ein isoliertes Dasein hat, der in beständiger Veränderung begriffene Bestand der Vermögen ist dieses Substrat": Hofmann Entstehungsgründe der Obligationen S. 54.

[29] Im Gegensatze zu der oben N. 20 erwähnten Bedeutung. — „Wirtschaftlich" ist der rechtlich zu gestaltende Zweck (der „empirische" im Sinne Bechmann's) der Obligationsverhältnisse, weil er stets wirtschaftlich relevant ist, wenngleich diese Zwecke sich nicht auf das Gebiet der Nationalökonomie beschränken (nur soweit ist Bechmann, Kauf II S. 11 im Rechte, wären doch sonst alle unentgeltlichen Leistungen als „unwirtschaftlich" von dem Rechtsgebiete ausgeschlossen; weshalb es denn auch zu eng ist, die causa schlechthin nur in der „Gegenleistung" zu suchen, wie etwa Demolombe Traité des contrats I p. 330 ss., aber auch Leonhard Der Irrthum I S. 241, 245, Wendt § 39. Die Charakterisierung der causa als einer wirtschaftlichen hat jedenfalls nach einer Richtung Wert: Der nächste, d. i. der typische Zweck der obligatio, welchen die Rechtsordnung als Rechtsinstitut anerkennt, und welchen im Einzelfalle die Interessenten zum Inhalt des Rechtsgeschäftes machen (soweit kann trotz aller Einwendungen von einer „ersten Absicht" unbedenklich gesprochen werden), ist immer ein wirtschaftlicher in obigem Sinne. Nur die entfernteren Absichten oder Motive des Gesetzgebers bei der Normierung des Institutes, wie der Parteien bei Begründung der Obligation sind es, welche bald wirthschaftlicher (so die „zusammengesetzten Geschäfte" bei Lotmar l. c. S. 21 ff.), bald ganz anderer Natur sein mögen; sie kommen aber für die Charakterisierung des Rechtsverhältnisses nicht in Betracht; vgl. unten § 3 N. 5.

[30] Dieselbe causa, welche als typische das Obligationsverhältnis charakterisiert, bildet, als concrete in dem Entstehungsgrunde der einzelnen Obligation zum Ausdrucke gebracht (vgl. unten N. 33), auch das Individualisierungsmoment des subjectiven Forderungsrechts; vgl. Schey in Grünhut's Ztschr. IX S. 403 f., Kuntze Die Obligationen im röm. u. heut. Recht S. 107 f.

[31] Nach den „rechtlichen Zwecken" theilt ein Unterholzner II S. 3; s. auch Rudhart S. 79 ff., Stahl l. c.

friedigung von beiderseitigen Interessen durch Anknüpfung eines Verkehrsverhältnisses; auf der anderen Seite Collisionen zwischen Interessen, Störungen des Gleichgewichts durch Eingriffe des einen in die Sphäre des anderen, zu deren Beseitigung dann eine neue Bewegung, eine wirtschaftliche Wiederherstellung erfordert wird.[32] Die rechtliche Normierung der ersteren führt zu Vertrags- oder Geschäftsobligationen, die der letzteren zu Delictsobligationen. Allein ist damit der Gegensatz jener causae erschöpft?

Es ist klar, dass für die erstgenannte Gruppe von Verkehrszwecken die Aufgabe des Rechts vor allem die ist, den Erfolg dieser causae, so oft sie thatsächlich von den interessierten Subjecten gesetzt werden, zu sichern, und so durch seine Normen dem „Willen der Parteien" die sichere Begründung jener Verhältnisse an die Hand zu geben.[33] Mit anderen Worten, das Rechtsverhältnis wird hier natur-

[32] Vgl. v. d. Pfordten S. 306.

[33] Damit ist der Standpunkt dieser Schrift in der Lehre vom Rechtsgeschäft angedeutet. Ich halte es für einen entschiedenen Fortschritt neuerer Bearbeitungen des Themas — so besonders bei Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 154 ff., Thon Rechtsnorm S. 354 ff., Kohler Jahrb. f. Dogm. XVI S. 329 ff., XVIII S. 155 ff., XXVIII S. 189 ff., Lotmar l. c. S. 15 ff., Bechmann l. c. S. 10 ff. u. a. — nicht mehr den Angelpunkt in einem auf die einzelnen Rechtsfolgen gerichteten Geschäftswillen zu suchen, wie die früher herrschende Theorie — s. vor allen Zitelmann Jahrb. f. Dogm. XVI S. 357 ff. — der auch die D. Mot. I S. 126 folgen. (In einem gewissen Zusammenhange steht auch die Opposition gegen die „Willenstheorie" auf anderen Gebieten, so bei Hartmann „Wort und Wille" Jahrb. f. Dogm. XX, und „Werk und Wille" Arch. f. civ. Prax. LXXII, oder Jhering Besitzwille bes. S. 288 ff.). Der Geschäftswille, und bei Vertragsschluss der Consens, setzt sich praktische Ziele, macht die von der Rechtsordnung anerkannte objective causa zu seinem subjectiven Inhalt (vgl. oben N. 30), und damit tritt die Rechtsnorm in Action, aus welcher sich, nunmehr unabhängig vom Willen der Handelnden, die Rechtsfolgen ergeben, darunter oft Rechtsfolgen, an welche diese möglicher Weise gar nicht gedacht haben (L. 38 § 2 D. de A. E. V.) oder die ihnen selbst unerwünscht sein mögen (beide Arten aus völlig getrennter Quelle abzuleiten, thut dem Verhältnis Gewalt an, so Eisele Jahrb. f. Dogm. XXV S. 441 ff., Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung S. 145 ff.; dagegen s. Hartmann Jahrb. f. Dogm. XX S. 73 f., Archiv LXXII S. 3 N. 1). Andererseits ist doch nicht zu übersehen — und darin ist in der Opposition gegen die Willenstheorie vielfach zu weit gegangen — dass auch der „Parteiwille" des Laien einen Unterschied macht zwischen einer rechtlich bedeutungslosen Zusage und einer Erklärung, die er als Rechtsgeschäft setzt, bei welcher also das Bewusstsein vorhanden ist, diese causa als rechtlich gesicherte zu wollen. Ohne dies letztere (was freilich nicht erst in jedem Einzelfalle bewiesen zu werden braucht, vgl. Jhering l. c. S. 190 tritt in der That keine Rechtsfolge ein. In dieser Richtung sind die Vorbehalte gegen die neue Lehre begründet, welche — sehr verschieden untereinander — von Enneccerus l. c. S. 18 ff., Leonhard l. c. S. 102, 235 ff., Bechmann l. c. S. 14 f., Pininski Thatbest. d. Sachbesitzerwerbs II S. 296 ff. gemacht werden; und das hat treffend schon Bruns Pandektenfragm. S. 476 betont; das meint wohl auch Puntschart Die fundamentalen Rechtsverhältnisse S. 96 f. N. 1; vgl. auch Regelsberger in Endemann's Hdb. II S. 404 N. 1.

gemäß durch „Rechtsgeschäft", insbesondere durch Vertrag begründet. Allein so manche Verkehrszwecke gleicher Art, ja nicht selten ganz dieselben, wie diese, werden auch actuell, ohne durch den Willen der Interessenten oder doch aller Interessenten ausgedrückt zu sein, so z. B. die Besorgung fremder Geschäfte auch ohne darauf gerichteten Auftrag,[34] die Regulierung einer Vermögensgemeinschaft auch ohne Gesellschaftsvertrag. Auch hier läßt das Recht seine sichernden Normen eintreten, es schafft eine „obligatio ex lege", aber deren innere Verwandtschaft mit jenen Vertragsverhältnissen ist, trotz formeller Verschiedenheit des Entstehungsgrundes, nicht zu verkennen. Mit vollem Rechte erhalten solche Obligationen ihren Platz jeweils bei dem Geschäftsverhältnisse angewiesen, dem sie ihrer causa nach gleichstehen,[35] und in diesem Sinne mag denn auch der alte Name des Quasicontracts fortgelten.[36]

Die zweite der obigen Gruppen geht zwar aus von dem schuldbaren Eingriffe in die fremde Rechtssphäre, soferne jedoch das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen die Störung auch ohne subjectives Unrecht beseitigt wissen will, entsteht hier offenbar ein mit der Delictsobligation auf einer Linie stehendes Verhältnis.[37]

Von den noch übrig bleibenden „obligationes ex lege" gehört nun eine große Zahl Interessengebieten an, welche nicht den wirt-

---

Ferner: Wenn und soweit das Recht abstracte Rechtsgeschäfte sanctioniert, gibt es damit dem Individuum gleichsam ein zu allen Zwecken brauchbares juristisches Werkzeug in die Hand (vgl. Lotmar l. c. S. 45 ff.), welches stets nur der gebrauchen kann und wird, der dessen Schärfe, d. i. dessen Rechtswirkung kennt. Den Inhalt des Geschäfts bildet hier geradezu das Wollen der Rechtsfolge; alle causa liegt außerhalb desselben. Gerade darin liegt freilich die Gefährlichkeit solcher Rechtsinstitute. Vgl. Thon l. c. S. 364.

[34] Der Zusammenhang zeigt sich klar in L. 5 pr. D. de O. et A. 44, 7 und historisch in der Entwickelung des Mandats und der Tutel aus dem weiteren Begriffe der negotiorum gestio, welche Wlassak Zur Gesch. d. Neg. gest. aufgezeigt hat.

[35] So im a. b. Gb. die negotiorum gestio (und Tutel) im Hauptstücke vom Mandatsvertrage. — Die communio läßt sich ihrer causa nach ebensogut dem Gesellschaftsvertrage, wie dem Miteigenthume angliedern; letzteres dürfte sogar zweckmäßiger sein. Vgl. Ofner II S. 109 f.

[36] Die causa, nicht aber die Art der Entstehung (vgl. oben N. 24) bildet also den Vergleichungspunkt gegenüber der Contractsobligation (dies verkennt Hasenöhrl I S. 308); vgl. auch Stahl l. c. S. 410 f., Bruns in Holtzendorff's Encyklop. § 73 S. 412. Dieser richtige Gedanke liegt zugrunde der unglücklichen Construction vom „vermutheten Vertrage" (Cod. Max. Bavar. IV. Cap. 13 § 1, Wg. Gb. III §§ 380 ff., dazu Harrasowsky Gesch. d. Codification S. 118) oder gar von fingiertem Consens (Ogonowski Geschäftsführung S. 18 ff., Hölder Institutionen § 53 a. E.) oder vom „unentwickelten Vertrage" (Ramm l. c. S. 61); vgl. Hartmann Werk und Wille l. c. S. 16.

[37] Für das österreichische Recht ist hierbei nicht so sehr an die wenigen Fälle von Quasidelictsobligationen im römischen Sinne (§§ 1318, 1321) gedacht, als an die Fälle der Haftung für Schadenersatz wegen nicht culposer Handlungen.

schaftlichen Verkehr als solchen betreffen, sondern andere Lebensverhältnisse, so das Eigenthum, die Familie, die Erbfolge, den Processs.[38] Ihren vollen Inhalt und ihre richtige Beleuchtung erhalten diese Verpflichtungen daher nur, wenn sie „am gehörigen Orte" (§ 860), d. i. bei den jene Verhältnisse betreffenden Normen zur Erörterung gelangen, statt aus angeblich systematischer Genauigkeit in das „Obligationenrecht" gestellt zu werden.[39]

Wohl aber bleibt schließlich eine Classe von „gesetzlichen" Obligationen, die in unser Gebiet durchaus hereinfallen, jedoch gleichsam die Mitte halten zwischen jenen zwei Hauptgruppen. Es sind Verpflichtungsverhältnisse, die nicht, wie die eine, die Bewegung des Geschäftsverkehrs bezwecken, noch, wie die andere, den subjectiv oder objectiv unrechtmäßigen Eingriff in den fremden Rechtskreis wieder beseitigen sollen; ihr Ziel ist vielmehr, Verkehrsbewegungen, welche rechtmäßig, aber zweckwidrig erfolgt sind, wieder rückgängig zu machen. Insoferne auch hier eine Art Ausgleichung in Frage ist, nähern sie sich der Delictsobligation, insoferne sie die Verkehrszwecke, von der negativen Seite, sichern sollen, den Geschäftsobligationen. Dahin zähle ich die Bereicherungsklagen[40] und die Anfechtungsobligation,[41] welche eben wegen ihrer angedeuteten Beziehungen besser weder Quasicontracts- noch Quasidelictsverhältnis genannt werden dürften. Sie müssen — anders als in unserem Gesetze[42] — zu einer eigenen Gruppe verbunden werden.

Was endlich die Anordnung der einzelnen Geschäftsobligationen betrifft, so kann die Form des Rechtsgeschäfts, dem Vorstehenden gemäß,[43] nur dort Berücksichtigung verdienen, wo sich dieselbe aus der Natur der causa des Verhältnisses ergibt. Dies gilt, wie nach-

---

[38] So die Pflicht zur Leistung einer cautio damni infecti, die Verbindlichkeit zur Alimentation, zur Beerdigung, zur Urkundenedition.

[39] Die Darstellung derartiger Verpflichtungsverhältnisse im Obligationenrecht fällt entweder höchst dürftig aus, oder sie zieht ganz fern liegende Dinge herein; so wenn z. B. Windscheid nach dem Vorgange von Puchta das gesammte Vormundschaftsrecht hierherstellt; s. dagegen v. d. Pfordten S. 316. Aus diesem Grunde bleibt auch die Lehre vom Pfandvertrage — selbst bei mehr monographischer Behandlung (Förster-Eccius II S. 545) aus der Darstellung des Obligationenrechts besser weg; vgl. Rudhart S. 184, Dernburg Pfandrecht I S. 141.

[40] Vgl. unten § 4, II; bes. N. 28.

[41] Nähere Ausführung kann erst in dem betreffenden Capitel des III. Buches gegeben werden; vgl. vorläufig Prager Jur. Vierteljhrschr. 1889 S. 41 ff.

[42] S. oben N. 9. Mit der sporadischen Behandlung wäre Pfersche Bereicherungskl. S. 196, 211, einverstanden.

[43] Vgl. oben N. 25.

zuweisen sein wird, von den Realcontracten[44] und den Fällen der Auslobung und anderer einseitiger Versprechen.[45] Erstere sind daher so wie im a. b. Gb. zusammenzustellen, letztere, von welchen das Gesetz schweigt[46], in einem eigenen Abschnitte zu besprechen. Im übrigen kann die Reihenfolge der Vertragsobligationen, wie das Gesetzbuch sie wählt, zur Richtschnur genommen werden.[47]

Danach wird die folgende Darstellung behandeln: im I. Buche die Geschäftsobligationen, u. zw. die Realcontracte des Darlehens, der Gebrauchsleihe und der Hinterlegung; die Geschäftsführung (Mandat, negotiorum gestio, in rem versio, Tutel und Sequestration umfassend); die synallagmatischen Geschäfte (Kauf, Tausch,[48] Bestandverträge, Werkverdingung, Lohnvertrag, Verlagsvertrag, Gesellschaft[49]); die Glücksverträge[50]; die Sicherungsgeschäfte[51] (Anerkennung und verwandte Verhältnisse, Bürgschaft, Vergleich, Compromiss); die Innominatverträge; die Auslobung.[52] Das II. Buch soll die Entschädigungsobligationen enthalten, das III. Buch endlich die obligationes ex lege (condictiones sine causa, Anfechtungsrecht u. a.).

---

[44] S. unten § 4. Dagegen freilich Dernburg Pr. R. II S. 352 N. 1.

[45] Davon wird bei Behandlung der Auslobung die Rede sein. Vgl. hier Ihering Zweck I S. 466 f.

[46] S. oben N. 10.

[47] Abweichungen aus Zweckmäßigkeitsgründen vorbehalten. So beginnt die folgende Darstellung mit dem Darlehensvertrage, weil dieser gute Gelegenheit gibt, gewisse Fragen von allgemeiner Bedeutung zu erledigen. Das Schenkungsversprechen, mit welchem das a. b. Gb. die Reihe der einzelnen Obligationsverhältnisse eröffnet, wird hier übergangen. Mag auch ein System des gesammten Privatrechts die Schenkung füglich ebenso gut im Obligationenrecht darstellen — eine monographische Bearbeitung insbesondere des österreichischen Obligationenrechts würde dadurch nothwendig zu weit auf das Gebiet des Sachenrechts abgelenkt werden.

[48] Die Voranstellung des Tausches als des allgemeinen Typus — wie im a. b. Gb. — wäre zwar theoretisch richtig, aber bei der praktisch weit überwiegenden Entwickelung des Kaufes unzweckmäßig; vgl. Rudhart S. 180.

[49] Vgl. über die systematische Stellung der Gesellschaft Bechmann l. c. I S. 490 f. — betreffend die communio s. oben N. 35.

[50] Vgl. oben bei N. 14.

[51] Zu formal ist es, diese Obligationen lediglich unter dem Gesichtspunkte der accessorischen Verpflichtung zusammenzustellen, wie v. d. Pfordten S. 333 f. — Über die Weglassung des Pfandvertrages s. oben N. 39.

[52] Und einzelne andere einseitige Versprechen.

I. Buch:

Geschäftsobligationen.

I. Buch: Geschäftsobligationen.

I. Abschnitt: Realverträge.

1. Capitel: Das Darlehen.[1]

A. b. Gb. §§ 983—1001. — Joh. Hofmann Hilfsbuch b. Darleihensgeschäften (2. Aufl. 1825); Krainz II § 361. — Gruchot Beiträge z. Erl. d. preuß. R. XII S. 641—797 (1868) u. XIII S. 221—306 (1869); G. Cohn, Endemann's Handb. d. deutsch. Handels-, See- u. Wechselr. III S. 833—858 (woselbst ausführliche Literaturangaben); Huschke Die Lehre d. röm. Rechts v. Darlehen (1882). — Unterholzner II §§ 308—310; Arndts §§ 280—283; Windscheid §§ 370—373; Dernburg P. II §§ 85—89; Förster-Eccius II § 137; Dernburg Pr. R. II §§ 176—179.

I.

Begriff und Wesen des Darlehens.

§ 2.

A. Der **Begriff des Darlehens** ist im a. b. Gb. (§ 983) ebenso definiert, wie in den gemeinrechtlichen Darstellungen.[2] Danach besteht der Darlehensvertrag in der Übergabe vertretbarer[3] Sachen zu Eigenthum unter Verpflichtung des Empfängers zu seinerzeitiger[4] Rückgabe einer gleichen Zahl von Sachen gleicher Gattung.[5] Wenn das Gesetz nicht geradezu von Übergabe zu Eigenthum spricht, sondern von Übergabe zur „will- Zusatz 1.

[1] Das a. b. Gb. gebraucht die ältere Form „Darleihen". Vgl. dazu Wg. Gb. III §§ 75—78. — Der Gläubiger heißt im Gb. „Darleiher" (§ 987), der Schuldner „Anleiher" (§ 1001).

[2] Vgl. z. B. Arndts § 280; Windscheid § 370; Wendt P. § 245; Cohn S. 833 f. Ebenso sächs. Gb. § 1067.

[3] Vgl. auch §§ 984, 992. Daß hier Verbrauchbarkeit statt Vertretbarkeit genannt ist (deutlich in Wg. Gb. III § 78), entspricht dem bekannten Sprachgebrauche des a. b. Gb. S. Unger I S. 408 f. Vgl. dazu unten N. 14.

[4] § 983 spricht von Rückgabe „nach einer gewissen Zeit". Offenbar will damit nicht gesagt sein, daß die Bestimmung eines Termins zum Abschluß des Vertrages gehöre (vgl. unten S. 101; Slg. Nr. 4811), sondern nur, wie im Texte, etwa das, was bei Gai. III, 90 „quandoque" bedeutet. S. dagegen Endemann Ztschrift für H. R. IV S. 57 f.

[5] Über den Zusatz des § 983 betreffend die gleiche „Güte" s. unten S. 131.

fürlichen Verfügung", so wollte es damit nur die Parallele zur Gebrauchsleihe und zum Verwahrungsvertrage (vgl. § 971 und § 958) deutlich hervorheben, andererseits wird jeder Zweifel, ob damit Eigenthumsübertragung gemeint sei, behoben durch § 1461, welcher das Darlehen unter den Eigenthumstiteln aufführt.[6]

Allein eben jene allgemein verbreitete Begriffsbestimmung ist nach der einen Seite zu weit, nach der anderen zu enge. Sie ist zu weit; denn ihr Wortlaut umfaßt auch das depositum irregulare,[7] die Bestellung einer Barcaution, eines Quasiusufructs oder eines Heiratsgutes u. a. Wie so oft bei Definition von Rechtsgeschäften, ist eben nur die Rechtsfolge, die formelle Seite, ins Auge gefaßt. In Wahrheit aber sollen ja gerade die Voraussetzungen jenes juristischen Erfolgs bestimmt werden, der Thatbestand des Geschäfts. Dieser jedoch ist individualisiert nur durch den wirtschaftlichen Zweck, die causa des Vertrages.[8] Irgendwie also muß die Definition, wenn man eine solche überhaupt für nöthig hält,[9] diese causa zum Ausdrucke bringen.[10]

Als die causa des Darlehens nun bezeichnen schon die römischen Juristen: „utendum dare",[11] Gebrauchsüberlassung. Nicht nur die gelehrte, sondern auch die Sprache des Volkes — in solchen

---

[6] Vgl. auch § 1227, welcher dem Ehemann wie dem Quasiusufructuar das Eigenthum an fungiblen Totalsachen zuspricht, mit § 519, der dem Quasiusufructuar gestattet, mit den erhaltenen Fungibilien „nach Belieben zu verfügen". S. übrigens noch unten N. 10.

[7] Welches freilich nach § 959 ein Darlehen sein soll. Darüber unten § 6.

[8] Vgl. dazu das in der Einleitung S. 6 f. gesagte. S. auch Endemann l. c. S. 57.

[9] Der D. Entw. § 453 will keine Definition des Darlehens geben, als eines jedem geläufigen Begriffs (D. Mot. II S. 306). Dagegen wäre wenig einzuwenden. Allein dann wäre § 453 besser ganz weggeblieben. So wie er lautet, bietet er alle die Schwierigkeiten der üblichen Begriffsbestimmungen (vgl. den Text im Folgenden). Auch aus § 453 muß herausgelesen werden, daß Übergabe von Geld oder Fungibilien u. zw. Al. 2) Eigenthumsübertragung das Wesen des Vertrages ausmache, und sofort sieht sich der Entw. in § 454 genöthigt, einen Specialfall herauszuheben, von dem man zweifeln könnte, nicht ob wohl, ob er unter den „im Rechtsleben eingebürgerten", als ob er unter den in § 453 vorausgesetzten gesetzlichen Darlehensbegriff falle. Vgl. dazu L. Goldschmidt Krit. Erört. z. Entw. I S. 94.

[10] So Dernburg Pr. R. II S. 498 und P. II S. 222: „Übereignung von Geld oder anderen Fungibilien zum Zwecke der Leihe." Vgl. auch die Bemerkung von Förster-Eccius II S. 275 N. 1. — In diesem Lichte betrachtet, erscheint es daher als ein Vorzug der Begriffsbestimmung des § 983, daß da nicht die formale Bezeichnung „Eigenthumsübergabe" betont ist (vgl. oben N. 6), sondern die Zweckbestimmung zur „willkürlichen Verfügung": nur ist diese Zweckbestimmung nicht ganz correct ausgedrückt.

[11] L. 9 § 9. L. 11 pr. D. de R. C. 12, 1: cf. L. 1 § 1 D. commod. 13, 6 und Theophil. III, 14 pr.

Dingen ein classischer Zeuge — stellt so das mutuum zusammen mit dem commodatum und der Miete.[12] Der Zweck der „Gebrauchsüberlassung" — im Gegensatze zur Überlassung „der Sache"[13] — geht dahin, dass einerseits dem Empfänger eine Nutzung für gewisse Zeit, andererseits eben diese Nutzung nach Ablauf der Zeit wieder dem Geber zu Gebote stehen soll. Der nächstliegende juristische Ausdruck dafür ist, dass Geber Eigenthümer bleibt, Empfänger nur Gebrauchsbefugnisse erhält, welche beschränkt sind mindestens durch die Rücksicht auf dies fortdauernde Eigenthum des ersteren: so entsteht das Commodat. Allein, wenn „verbrauchbare" Sachen in Frage stehen, Dinge, die ohne Verbrauch, d. i. ohne Vernichtung auch des Eigenthums nicht benützt werden können, so kann die Überlassung zum Gebrauche — der erste Theil jener Absicht — nur Gestattung schrankenloser Verfügung über die Sache bedeuten, und die juristische Form dafür ist die Eigenthumsübergabe. Wenn und weil jedoch jene Objecte zugleich „vertretbar" sind, ist gleichwohl auch der zweite Theil jener Absicht durchführbar.[14] Steht dem Geber nach Ablauf der Frist für den eigenen Gebrauch nur eine Sache gleicher Gattung zur Verfügung, so ist für ihn wirtschaftlich genau dasselbe erreicht, wie wenn ihm das weggegebene Stück aufbewahrt wäre.[15] Erhält er also an Stelle des dem Entlehner überlassenen Eigenthums den Anspruch auf Rückgabe von „tantundem", so ist durch dies Geschäft — das Darlehen — derselbe Zweck realisiert, wie beim commodatum.

---

[12] Cic. pro Quint. 13. 43 „pecunia mea utitur tot annos"; s. Cit. bei Pernice Labeo II S. 262 f.; dann Bekker Loci Plautini de rebus creditis (1861). Plaut. Pers. II 5, 19 sagt sogar „commodare argentum" mit Bezug auf ein Darlehen (s. Demelius Ztschr. f. R. G. II S. 217 f.), Horat. Lib. I Satir. 2 v. 9 „nummi conducti". Auch der Ausdruck „aes alienum" (vgl. Zeiller III S. 228) entspringt aus dieser Vorstellungsweise, ebenso der Name „usurae" (vgl. unten S. 19); s. auch unten § 3 N. 2. — Die deutsche Sprache hat geradezu dasselbe Wort „Leihen" für commodatum und mutuum. Noch das Wg. Gb. III §§ 74 ff. stellte denn auch alle die Geschäfte unter diesem Gesichtspunkte zusammen (s. dagegen Ofner II S. 34); aber auch im a. b. Gb. § 959 zeigt sich sehr wohl, dass Darlehen und Commodat gemeinsame Grundlage haben, und sich nur durch die Verschiedenheit des Objects differenzieren.

[13] Vgl. z. B. § 1053.

[14] L. 2 §§ 1, 3 D. de R. C. 12, 1. Für die juristische Seite des Vorganges ist daher die Vertretbarkeit das entscheidende, obgleich den praktischen Anlass zu der eigenartigen Gebrauchsüberlassung die Verbrauchbarkeit gibt. Eben daraus erklärt sich die oben N. 3 erwähnte Verwechselung (vgl. auch Code Art. 1892). S. dazu Karlowa Grünhut's Ztschr. XVI S. 416. — Bei gewissen anderen Creditgeschäften ist umgekehrt der Anstoß zu der besonderen Gestaltung durch die Vertretbarkeit gegeben, s. unten § 5 N. 61, § 6 N. 7 u. 23.

[15] Vgl. unten S. 25.

Er hat zwar die zu Darlehen gegebenen Stücke veräußert,[16] aber des Gebrauches, auf welchen es ihm ankommt, hat er sich nicht definitiv entäußert, sondern nur für die Zeit des Darlehens.

Die Legaldefinition des Darlehens ist zu enge; denn anerkanntermaßen kann nach österreichischem, wie nach gemeinem Rechte, ein Darlehen begründet werden, ohne Übergabe von Sachen des Gläubigers an den Schuldner, oder doch ohne Übergabe von Sachen der Gattung, welche Gegenstand der Darlehensschuld sein soll. Es genügt vorläufig, auf die Entstehung von Darlehen durch Schuldverwandlung, sowie auf die Fälle des § 990 hinzuweisen.[17] Der entwickelte Verkehr betrachtet als Gegenstand der Gebrauchsüberlassung nicht mehr bloß Sachen oder Rechte einer bestimmten Gattung, sondern einen gewissen Vermögenswert. Ob dieser Wert dem Entlehner zur Verfügung gestellt wird durch Eigenthumsübertragung oder in anderer Rechtsform, und ob er dem Darleiher zurückkehrt in derselben Gestalt, in welcher er gegeben wurde, oder in anderer, erscheint nebensächlich. Als Träger von Vermögenswert gelten von diesem Standpunkte für „vertretbar" auch Güter verschiedener Gattung und verschiedener juristischer Natur. Bezeichnet nun die Sprache des Verkehrs einen solchen Complex von Gütern, bei dessen Betrachtung nicht die concrete Gestalt der einzelnen sowie die Form ihrer Zugehörigkeit zum Vermögen, sondern vielmehr nur ihr Wert angesehen wird, eine Summe also, welche constant bleiben kann trotz Wechsels der Erscheinung
Zusatz 2. ihrer Factoren, als ein „**Capital**"; so darf das Darlehen nach seiner causa etwa definiert werden als der Vertrag, durch welchen ein Capital zum Zwecke der Nutzung auf gewisse Zeit einem anderen überlassen wird.[18]

---

[16] Vgl. Unterholzner II S. 11 N. c. Im 17. Jahrhunderte war die Frage, ob das mutuum eine Veräußerung involviere, lebhaft erörtert; s. bes. Claudius Salmasius' „diatriba de mutuo" (1640).

[17] S. unten § 11 u. §§ 17 f.; ferner Zeiller IV S. 56.

[18] Wie weit das positive Recht jene beliebige Ausdehnung der Fungibilität — etwa behufs Hintanhaltung von Wucher — einschränkt, ist eine andere Frage. Vgl. unten § 10. Jedenfalls kann im Vertrage die Grenze enger gezogen sein, so dass die zu Darlehen gegebenen Fungibilien als solche nur der Gattung, nicht dem Werte nach zurückzuerstatten sind (eine nicht uninteressante Discussion über den Gegensatz fand bei Berathung von Wg. Gb. II § 21 statt: Ofner 1 S. 222), worauf § 992 sich bezieht (vgl. unten § 10). Natürlich aber, dass wo das Gegebene schlechthin „Capital" sein soll, die Rückleistung nur in Geld bestehen kann, als dem einzigen absolut gleichen Maße. So wie statt der hingegebenen Gattung, Sachen anderer Gattung, nicht Geld, Gegenstand der Schuld sein sollen, handelt es sich nicht mehr um „Vertretung" der

Zusatz 1. Der römisch-rechtliche **Begriff des Darlehens**, aus welchem der unserige entsprossen ist, hat seine Geschichte. Dieselbe beginnt mit dem Darlehen als Freundesgeschäft.[19] Der Überfluss des einen hilft der Noth des anderen. Wie der Schenker definitiv gibt, so gibt der Darleiher auf Zeit; daher das Darlehen begrifflich unentgeltlich, daher aber auch, sowie die Schenkung zunächst eine datio donandi causa, so das Darlehen ein dare credendi causa — Realcontract. Tritt späterhin dabei eine Zinsenberedung auf, so ist das ein selbständiges Geschäft, nicht nur der Form nach. Die ältere Rechtssprache trennte nicht nur die stipulatio der Zinsen vom Realcontracte,[20] sondern überhaupt die causa des „foenus" von der des „mutuum".[21] Aber auch das allmählich eingebürgerte verzinsliche Darlehen hat den Charakter des Freundesgeschäfts noch nicht völlig abgestreift. Es bleibt, wenn nicht mehr reine Liberalität, so doch immer Aushilfe in der Noth[22] — nur dass die Hilfe bezahlt wird. Erst einer noch späteren Entwickelungsstufe erscheint das Darlehen als die Überlassung eines Capitals zur Verwertung in der Wirtschaft des Empfängers, und damit der Zins, den der Geber verlangt, als dessen Antheil an dem Ertrage jenes Capitales. Darauf weist der neuere Name „usura" hin.[23] Der Zinsenbezug wird geradezu die causa des Geschäfts,[24] welches nun, wie jedes synallagmatische, dem Interesse beider Theile dient:[25] der eine „nimmt Capital auf", der andere „legt es an".[26] — Aber noch in anderer Rich-

---

einen durch die anderen, sondern um Tausch specifisch verschiedener Dinge (Tausch auf Credit). Über letzteren Punkt s. noch unten Zus. 2. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I, 2. S. 540 f.

[19] Vgl. Pernice Labeo I S. 417. Schon die Etymologie von „mutuum" dürfte — trotz aller Unsicherheit — darauf hindeuten. Vgl. Huschke S. 1 u. 7; Demelius Ztschr. f. R. G. II S. 218 f.; auch Roesler Ztschr. f. Handelsr. XII S. 367. S. auch unten N. 22.

[20] L. 75 § 9 D. de V. O. 45, 1. Vgl. Huschke S. 11.

[21] S. z. B. L. 33 D. de R. C. 12, 1, L. 6 C. Th. de denunt. 2, 4; dazu Quellencitate bei Heineccius Antiquitat. (Francof. 1822) p. 541 s., Demelius l. c. S. 217 f. In der wegwerfenden Bedeutung, die noch spät, „foenus" und „foenerator" behält, zeigt sich der Ausgangspunkt der Entwickelung vom Freundesdarlehen. In Deutschland ist durch das canonische Zinsverbot die Entwickelung wieder zurückgeschraubt und das verzinsliche Darlehen „als verfeinerter Rentenkauf wieder primitiv entstanden": Gerber Deutsch. Pr. R. (10. Aufl.) S. 497 N. 8.

[22] „Subsidium inopiae temporariae": Gell. Noct. Att. 20, 1. Vgl. Roesler l. c. S. 370. Im Grunde steht aber noch auf diesem Standpunkt Jhering's (Zweck I S. 183) Bestimmung des Credits als „Überwindung der Verlegenheit". Besser Dankwardt l. c. II S. 18, 23.

[23] Vgl. Huschke S. 12. Dankwardt l. c. S. 15 f. L. 60 pr. D. pro socio 17, 2.

[24] In Rom gelangte der Gedanke zu voller Anerkennung nur beim foenus nauticum, wo (L. 5 § 1 L. 7 D. de usur. 22, 1) denn auch keine eigene Zinsenstipulation gefordert wurde.

[25] Vgl. unten S. 27. — Storch d. heutige insbes. landrechtliche Darlehens-Vertrag (1878) S. 49 f. sieht diesen Fortschritt, will darin aber gleichwohl keine Veränderung des Wesens des Darlehens erkennen.

[26] In Deutschland, wo der Rentenkauf erst neuerdings die Wurzel zur Anerkennung des zinsbaren Darlehens abgeben musste (oben N. 21), ist der Gang der Entwickelung der umgekehrte: von dem Geschäfte, das einen Zinsenbezug schaffte, zu Leihe und Forderung des Capitals. Vgl. Neumann Ge-

tung[27] ist der Darlehensbegriff, wirtschaftlich und rechtlich, schon bei den Römern[28] weit hinausgewachsen über seine Anfänge. Man wird nicht fehlgehen, wenn man gleichsam das Urbild des Darlehens in der Leihe verzehrbarer Naturalien[29] erblickt, etwa dem Getreidedarlehen. Die beiden wesentlichen Momente des „credere" treten hier fast greifbar hervor. Güter, deren der eine zur Consumtion bedarf, besitzt ein anderer, der sie nicht jetzt benöthigt, aber als Vorrath für künftiges Bedürfnis zur Verfügung haben will; daher Überlassung derselben von letzterem an ersteren für die Zwischenzeit — nach dem oben ausgeführten, Übergabe aus dem Eigenthum des Gebers in das des Nehmers[30] und Verpflichtung des Entlehners zur Rückerstattung „in quali et quanto". Dabei ist klar nicht nur, dass der Verleiher ein Interesse in der That bloß an der Erhaltung dessen, was er leiht, der Gattung nach hat, sondern auch dass beim Empfänger sich diese Gattung trotz, oder richtiger durch den Gebrauch erhält — er säet einen Theil der erhaltenen Körner aus, und die Ernte liefert ihm das zurückzustellende Quantum. In diesem doppelten Sinne[31] heißt es von solchen Dingen „in genere suo functionem recipiunt". Die „Gattung" wird gegeben, erhalten, zurückgegeben. Die einzelnen Stücke sind nur „Gattungsträger". — Die beiden Elemente der „Fungibilität" aber, die hier vorerst nur in dem engen Rahmen eines bestimmten genus spielen, kommen allmählich zur Geltung auf größerem Wirtschaftsgebiete. Der ökonomische Begriff der Vertretbarkeit — wenn auch der Jurist den Namen da nicht mehr zulässt — erweitert sich, und damit das Gebiet des Darlehens. So zunächst schon, wenn das Gelddarlehen das Naturalgeschäft verdrängt. Hinter der Geldsumme, die gegeben und genommen wird, stehen für den Geber ganz andere Wirtschaftszwecke als für den Nehmer; die Güter, welche der Entlehner sich mit dem Gelde verschaffen will, sind ganz andere, als die, für deren künftigen Erwerb der Darleiher das Geld aufbewahrt. Immerhin bleibt das Geschäft hier noch äußerlich dasselbe. Die Gattung, welche gegeben und wiedergegeben wird, ist eben das genus „Geld": „pecunia proficiscitur".[32] Wie aber, wenn der

---

schichte des Wuchers in Deutschland. S. 212 ff.

[27] S. oben S. 18.

[28] Vgl. die gute Übersicht bei Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. d. Dogmat. XXIV S. 95—103.

[29] Überall geht der Naturalverkehr dem Geldverkehre voraus. Zum Beweise der Behauptung des Textes braucht es daher nicht der mystischen Deduction Huschke's S. 7. Gegen die „unhistorische", entgegengesetzte Auffassung von Heimbach Creditum S. 276 f. Goldschmidt l. c. S. 96 N. 1. — Vgl. auch Dankwardt Nationalök. u. Jurispr. I S. 23 f.

[30] L. 2 § 2 D. de R. C. 12, 1 (Paulus): „de meo tuum fit".

[31] S. die Geschichte vom „sac de blé" in „Capital et Rente" von Bastiat (Oeuvr. Tom. V p. 39 s.). Die juristische Darstellung pflegt allerdings nur ersteres hervorzuheben, so auch neuestens Karlowa Grünhut's Ztschr. XVI S. 496 ff., obgleich er S. 448 auf die „Fortpflanzung der Gattung anspielt". Dankwardt l. c. II S. 19 berührt beides. S. noch unten § 7.

[32] L. 2 § 3, L. 15 D. de R. C. 12, 1.

Verkehr weiter geht? Der Darleiher gibt sein Geld, nicht dem Entlehner ins Eigenthum, sondern für dessen Rechnung einem dritten, oder statt des Darleihers gibt ein dritter das seinige. Mag der Jurist immerhin behaupten, das sei nur eine Abkürzung des Herganges, es sei so viel, als wären die betreffenden Geldstücke zuerst in die Hand des Entlehners und von diesem zu dem dritten, bezw. zuerst von dem dritten in die Hand des Darleihers, von diesem aber zum Entlehner gewandert[33] — das ist „subtilitas juris". Das Leben sagt richtiger: Was hier gegeben und genommen wird, ist nicht eine Anzahl von Geldstücken, sondern im ersten Falle Bereicherung des Entlehners durch Befreiung von einem Passivum auf Kosten des Darleihers, im zweiten durch Verwertung eines Activums des Darleihers zu Gunsten des Entlehners. Und nun vollends, wenn die Valuta eines Gelddarlehens in Gestalt anderer Sachen, z. B. von Wertpapieren gegeben wird, oder durch „Belassung" eines aus anderem Rechtsgrunde bestehenden Guthabens? Hier tritt es offen zu Tage, dass der Zweck des Geschäfts nur ist, eine bestimmte Wertgröße der Nutzung des Schuldners zuzuführen, in dessen Wirtschaft sie, gleichviel in welcher Form, erhalten bleiben soll, um schließlich wieder zu dem Darleiher zurückzukehren. Sucht man nun nach dem Worte, welches, all dies umfassend, das Object des Darlehensgeschäftes bezeichnen soll, so bietet sich nur der Ausdruck „Capital", für dessen Angemessenheit aber gerade die Thatsache bürgt, dass er im Leben fort und fort in Verbindung mit dem Darlehen gebraucht ist.[34] — Das Darlehen als Capitalsleihe hat nun Raum für die Aufnahme auch aller Formen, welche der Handelsverkehr mit sich bringt.[35] Ebendaher hat unser Handelsgesetz keinen eigenen Darlehensbegriff,[36] wenngleich Sonderrecht in einzelnen Punkten gilt für das „handelsgeschäftliche" oder das „kaufmännische Darlehen".[37] Allein für den Stand unseres positiven Rechts hat die angedeutete Entwickelung auch eine nachtheilige Consequenz. Neben dem zuletzt berührten Darlehen des großen Capitalsverkehres existieren natürlich auch heute noch dieselben Fälle, welche in früheren Stadien die einzigen waren.

[33] So bekanntlich Ulpian in L. 15 cit.

[34] Das a. b. Gb. gebraucht der Regel nach das Wort „Capital" zur Bezeichnung zinsentragender Geldforderungen (vgl. die, sonst nichts bietende, Zusammenstellung von Dierl, Jurist. XI S. 485 f.) — wie das auch die älteste Bedeutung des Wortes sein dürfte: Böhm-Bawerk Capital u. Capitalzins II S. 23 — mitunter aber auch, namentlich im Gesellschaftsrecht (z. B. §§ 1182, 1192, 1197, 1204, 1239) in obigem weiteren Sinne. Das Pr. L. R. (z. B. I, 11 §§ 660, 663, 778) spricht gerade bei Darlehen häufig von Hingabe und Rückzahlung des „Capitales". Interessant ist der Ausdruck der L. 8 C. si cert. pet. 4, 2, wo „sors" auf die unter aestimatio zu Darlehen gegebenen Nichtfungibilien bezogen ist. Vgl. zu der Stelle Huschke S. 21, welcher übrigens ähnliches, wie das im Text durch Leihe von „Capital" Charakterisierte damit meint, wenn er das Darlehen als „Vermögensgeschäft" bezeichnet S. 28, 45, 51, 54, 89.

[35] Vgl. oben.

[36] Thöl Handelsr. § 296 N. 1; Cohn S. 834 und andererseits S. 835 gegen die Behauptung, dass zwischen Kaufleuten ein wirkliches Darlehen nicht vorkomme.

[37] H. G. B. Art. 47, 290, 292, 374. Cohn S. 836 f. Goldschmidt Handelsr. I §. 57 N. 29.

Sie alle nun, das Freundesdarlehen ohne Zins, wie das Aushilfsdarlehen gegen Zins, das „Consumptionsdarlehen" wie das Geschäft der Capitalsanlage auf Zinsen, kurz alles vom „spießbürgerlichen" Darlehen[38] bis zur colossalen Anleihe umfaßt unser Legalbegriff des Darlehens. Und doch können, bei der Verschiedenheit der wirtschaftlichen Zwecke solcher Geschäfte, nicht gleiche Normen für alle passen. Manche Streitfrage dürfte in diesem Zwiespalt ihren Ursprung haben.[39]

Zusatz 2. Auf die nationalökonomischen Theorien[40] über das **Capital** ausführlich einzugehen, ist hier nicht der Ort. Allein, ohne damit eine Grenzüberschreitung zu begehen, darf der Jurist und soll er doch wohl gerade bei Darstellung des Darlehens die Aufmerksamkeit auf die Ansicht lenken, welche dies ökonomische Problem bietet, wenn man von der Rechtsseite zu demselben gelangt. Ja, ich glaube, die Jurisprudenz hat in diesem speciellen Falle umsomehr Anspruch gehört zu werden, als sie, — trotz all' des Bitteren, das sie sich in neuerer Zeit wegen ihrer Begriffsseligkeit[41] mit Recht hat sagen lassen müssen — das Wesen der Rechtsgeschäfte, der „causa" der Verträge, dem Leben abzulauschen sucht, während auffallenderweise gerade die deutsche Nationalökonomie in ihrem Streben nach Exactheit sich dazu verleiten läßt, künstliche Kategorieen und Begriffe zu schaffen, den populären technisch-wissenschaftliche entgegenzusetzen auf einem Gebiete, wo es sich nur um die Erkenntnis reeller Lebensvorgänge, nicht um dialektische Construction handelt![42] — Nur zwei Punkte seien in dieser Absicht hier kurz berührt. — Daß das Darlehen das Muster eines Geschäftes ist, welches „Capital" zum Gegenstande hat, wird kaum jemand bestreiten.[43] So muß denn auch der Schluß gestattet sein, daß die juristische Gestalt dieses Verhältnisses nicht nur dem Wesen des Capitales

---

[38] Bekker Couponsprocesse S. 129.

[39] Vgl. unten S. 103 f.

[40] S. über die verschiedenen Ansichten Knies, das Geld S. 8 ff., ferner Böhm-Bawerk Geschichte u. Kritik d. Capitalzins-Theorieen (1884).

[41] Im Anklang an Ihering's „Begriffshimmel" ist der Ausdruck wohl gestattet.

[42] Der Vorwurf dürfte auch gegen di neueste „Theorie des Capitales" von Böhm-Bawerk (1889) gelten (s. z. B. das Darlehen betreffend S. 301). Gegenüber dieser Begriffsbestimmungen sind durchaus wahr die Bemerkungen bei R. Hildebrand, Theorie d. Geldes (1883) S. 73 ff. N. 35: „Der Begriff Capital ist aber, ebenso wie die Begriffe Kosten und Ertrag .... 2c. eine bereits durch das ökonomische Leben gegebene ... psychologische Thatsache." „Aufgabe der Wissenschaft kann es nur sein, diesen bereits vorhandenen Begriff klarzustellen, ... der Logik des wirtschaftlichen Interesses auf die Spur zu kommen." „Alle Begriffsbestimmungen, die nicht von diesem Standpunkte aus unternommen werden, müssen unfehlbar den Charakter einer ganz unfruchtbaren Speculation an sich tragen." Ähnlich nunmehr auch C. Menger, Jahrb. f. Nationalökonom. u. Statist. N. F. XVII S. 3 u. 6: „Der Übelstand . . ., daß die politische Ökonomie dem Leben nur das Wort, nicht den Begriff des Capitals entlehnt hat."

[43] Ob man die oben S. 18 gegebene Definition acceptiert, ist dabei füglich Nebensache. Auch die Untersuchungen über Capitalzins und Credit gehen fast durchweg vom Darlehen aus. S. Knies, Geld S. 49, Credit 2 S. 35 ff.; Böhm-Bawerk l. c. S. 300. Vgl. auch unten § 3.

nicht widersprechen, sondern dasselbe vielmehr zur formellen Erscheinung bringen müsse. Diese Betrachtungsweise nun versperrt sofort den beiden Extremen der nationalökonomischen Capitalstheorieen den Zugang. Es kann auf der einen Seite nicht richtig sein, dass nur gewisse Güterarten,[44] — mögen dieselben durch ihre natürlichen[45] Eigenschaften oder durch ihre Entstehungsart[46] oder ihre Zwecke[47] bestimmt werden — „Capital" seien; denn auf keine dieser Kategorieen lässt sich der Darlehensbegriff beschränken. Es kann aber andererseits diese Erkenntnis, so lange man den Vorgang bei dem Rechtsgeschäfte im Auge hat, auch nicht in den anderen Fehler umschlagen, als sei das Capital überhaupt nichts Concretes, sondern eine über den Gütern schwebende Abstraction: ein Wert[48] an sich. Denn was der Darleiher dem Vermögen des Entlehners zuführt, ist gerade so wie das, was er später zurückempfängt, stets ein concretes,[49] mag auch ersteres ein anderes sein als letzteres, mag es auch nicht gerade in der Form von Eigenthum, sondern in anderer Rechtsform — Forderung, Schulderlass u. a. — dem Empfänger Vermögen zuführen.[50] Was die unbefangene Betrachtung des Darlehensvertrages lehrt, ist nur, dass, dessen Zweck gemäß, das Gegebene nicht als Individualsache, sondern nur als Gattungsträger,[51] oder, bei der äußersten Grenze der Entwickelung als Wertträger in Betracht kommt, kurz, dass das Charakteristische des Capitals seine Fungibilität ist. Natürlich, dass danach als Maß für dies Object der Gebrauchsüberlassung und somit der Rückleistung nur das allgemeine Maß des Geldes auftreten kann. Das „Capital" wird daher in Geld ausgedrückt,[52] aber es ist nicht noth-

---

[44] S. die Zusammenstellung bei Böhm-Bawerk l. c. S. 23 ff.: Menger l. c. S. 4.

[45] So A. Smith (Wealth of nations B. II ch. 2) und seine Schule, welche nur unmittelbar productive Güter hierher zählt, also nicht Geld.

[46] So, wenn nur Producte zum Capital gerechnet werden: Roscher System I § 42; vgl. Böhm-Bawerk l. c. S. 21: „Zwischenproducte".

[47] Die Widmung des Capitals zum Erwerbe dürfte allerdings auch dem Begriffe des Lebens entsprechen. S. Menger l. c. S. 40; Knies Geld S. 47.

[48] Vgl. Mc. Leod, Elements of Pol. Econ. p. 66: auch Hermann Staatswirtschaftl. Untersuch. S. 605, welcher das „Capital selbst" von dem „Gegenstand, worin es sich darstellt", unterscheidet; aber auch von Juristen Endemann Handelsr. § 74; Dankwardt l. c. I S. 17 f., II S. 8, 14; namentlich Kühnast über d. rechtl. Begr. d. Capitals in Gruchot's Beiträgen XXVIII bes. S. 385 ff.; Förster-Eccius II S. 279 f. Übrigens erklärt ähnlich das a. b. Gb. § 510 als Gegenstand des Quasifruictus den „Wert" der verbrauchbaren Sachen.

[49] Gegen diese zu weit gehenden Abstractionen, welche „Wert" auch als Object von Rechten supponieren, s. bes. Goldschmidt Handelsr. II § 64 N. 5; Exner Krit. d. Pfandrechtsbegr. S. 30 ff.; auch Pfaff Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherstell. S. 44. Vgl. übrigens A. Smith l. c. (Ed. Rogers, 1869) Bd. I p. 288: man rede von Geldsummen häufig in dem Sinne „to include . . . some obscure reference to the goods which can be had in exchange for them."

[50] Auf dem Rechtsgebiete tritt das „Vermögen" „allezeit als Complex von Rechten auf": Bekker Syst. u. Sprache d. Entw. (Beiträge z. Erläut. u. Beurtheil. d. Entw. eines brgl. Gb.) S. 32.

[51] Karlowa, Grünhut's Ztschr. XVI S. 411, 419, 420.

[52] So hat auch in den römischen Quellen „pecunia" oft den Sinn von

wendig eine Geldsumme. Auch in der Volkswirtschaftslehre fehlt es nicht an einzelnen Stimmen, welche dieses Moment des Capitalsbegriffes betonen.[53] Allein ich wüßte nicht, warum sie nicht auch Begriff und Wort der Fungibilität aufnehmen sollte, dessen altes Bürgerrecht auf juristischem Gebiete[54] ihm auch die Verständlichkeit auf dem wirtschaftlichen sichern würde. —

Im Zusammenhange hiermit steht ein zweites. In den weitschichtigen Controversen über Capital und Capitalzins geht die herrschende Auffassung, seit Überwindung der mittelalterlichen canonistischen Theorie,[55] bei aller Meinungsverschiedenheit im einzelnen von dem Gedanken aus, daſs es eine Nutzung des Capitals und eine Überlassung dieser Nutzung auf Zeit gebe.[56] Solche ist auch oben (S. 17 f.) als Zweck des Darlehens hingestellt. Merkwürdig nun, daſs in neuester Zeit, nicht von juristischer, sondern von nationalökonomischer Seite hiergegen energischer Widerspruch erhoben ist. Die Lehre, welche Böhm-Bawerk aufstellt,[57] geht dahin, das Darlehen sei nicht Gebrauchsüberlassung — eine solche an Verbrauchsgütern sogar undenkbar — sondern lediglich Tausch,

---

„Vermögen": L. 222 D. de V. S.; deshalb denkt der Verkehr das „Capital" schlechtweg unter der Bezeichnung einer Geldsumme (s. Menger l. c. S. 39 f.; Kumpf Tuoing. Ztschr. f. d. ges. Staatswissensch. XI S. 492 ff.) sowie das Wort auch zuerst von „werbenden" Geldbeträgen gebraucht wurde: Knies, Geld S. 6 f.

53 So (nach dem Vorgang insbes. von Courcelle-Seneuil, Traité d. operat. de banque p. 21 s.: „une somme de valeurs qui peut changer de forme sans périr", aber „dont l'existence est toujours liée à celle d'une richesse materielle") Hildebrand l. c. S. 72 f.: „Das Wesen des Capitals hat . . . mit der specifischen Natur der einzelnen Besitzobjecte und ihrer . . . . technischen Bestimmung . . . nicht das Allergeringste zu thun;" es ist (S. 79) „etwas der Gestalt nach Wandelbares und nur der Größe nach Constantes". Menger l. c. bes. S. 37 ff. führt nun diesen „Realbegriff des Capitals" consequent durch. Übrigens gehört hierher auch Endemann Handelsr. § 75 S. 343.

54 Es darf übrigens nicht verkannt werden, daſs die Eigenschaft der Vertretbarkeit von Sachen zunächst eine Verkehrseigenschaft ist (Karlowa l. c. S. 409 f., Halpert Natur d. Vertretungssachen S. 13 f.). „Genere suo functionem recipiunt", bezieht sich zunächst auf den Verkehr und nur die Consequenz daraus zieht der Rechtssatz, daſs im Falle der Rückstellungspflicht hier („per solutionem": L. 2 § 1 D. de R. C. 12, 1; „in simili re solvi potest": L. 31 D. locati 19, 2) tantundem so viel wie idem sei (vgl. auch Halpert l. c. S. 19 f.); vgl. Wg. Gb. II § 21.

55 Also seit Molinaeus und Salmasius, über welche vgl. Böhm-Bawerk, Gesch. u. Krit. S. 34 ff.

56 S. die Zusammenstellung der nationalökonomischen „Nutzungstheoretiker" bei Böhm-Bawerk l. c. S. 226 ff.; ferner Huschke S. 3; Jhering Zweck I S. 172; Goldschmidt Handelsrecht (2. Aufl.) I S. 400, 406; Kumpf l. c. S. 483 ff.); Rudhart, system. Eintheil. d. Verträge S. 115 ff.; Dankwardt l. c. II S. 15 f., S. 35 ff.; Kohler Ges. Abhandlungen I S. 45; Förster-Eccius II S. 279 f.; Hahn Commentar II S. 108; Grünhut R. d. Commissionshandels S. 254; Geller, Grünhut's Ztschr. V S. 317; Randa Lehr. v. d. Zins. S. 5 f.; Vernice Ztschr. d. Savigny-Stift. IX S. 226. Vgl. noch unten § 3 Zus. 1.

57 „Positive Theorie des Capitals"; speciell das Darlehen betreffend S. 300 bis 315; vgl. auch Gesch. u. Kritik d. Capitalzins-Theorieen S. 260 ff. Von neueren Juristen steht auf derselben Basis wie Böhm nur Pothier, Prêt de consomption (Oeuvres, Ed. 1821 Tom. V)

u. zw. ein Tausch gegenwärtiger gegen künftige Güter[58] gleicher Qualität und Quantität. Ohne an der scharfsinnigen Durchführung dieses Gedankens anmaßende Kritik üben zu wollen, sei auch hier nur der juristischen Beurtheilung ein Wort gestattet: Ein Tausch, d. i. Leistung gegen Gegenleistung von Gütern ganz gleicher Art, an denen auch vorausgesetztermaßen kein individuelles Interesse klebt,[59] kann niemals die causa eines ernstgemeinten Rechtsgeschäfts bilden.[60] Allerdings sagt Böhm, die sonst gleichartigen Gütermengen seien in dem Falle des Darlehens eben differenziert als Güter der Gegenwart und der Zukunft. Das heißt mit anderen Worten, der Zweck des Geschäftes, die causa, liegt in der Zeit, welche zwischen Hingabe und Rückgabe verfließen wird. Gewiss richtig! Allein damit ist zugestanden: von diesem zeitlichen Momente abgesehen, hat nach vollzogenem „Tausche" jeder, was er früher hatte, nur was der Entlehner gewinnen konnte dadurch, dass er während der Zwischenzeit das Empfangene noch nicht zu restituieren brauchte, das ist das Interesse des Geschäftes, nur deshalb geht man diesen „Tausch" ein.[61] Sagt die Sprache des Lebens nicht — und weit weniger künstlich — ganz dasselbe, indem sie das Überlassung eines Capitals auf Zeit nennt? Allerdings Böhm will auch leugnen, dass der Darleiher nach Rückzahlung wirklich dasselbe habe wie vorher. Von physischer Identität kann natürlich nicht die Rede sein. Aber dass, wo Fungibilien in Frage sind, tantundem wirtschaftlich so viel wie idem ist, das ist keine juristische Fiction,[62] sondern eine im Leben täglich bezeugte Wahrheit. Böhm hat unrecht, wenn er hier,[63] wie an einigen anderen Stellen seines Werkes, seine Waffen gegen die bösen Juristen schwingt, während er thatsächlich gegen die Auffassung des Lebens streitet, mit welcher hier die des

p. 415. Bei Fungibilien, meint er, „on n'y peut pas concevoir un usage de la chose outre la chose: d'où il suit qu'on ne peut accorder à quelqu'un l'usage des choses, sans lui céder entièrement la chose": vgl. dazu Böhm-Bawerk l. c. S. 301: „man musste erst erfinden, wie es möglich sei, an einer Sache noch etwas mehr als alles zu übertragen." Knies, welchen Böhm so sehr bekämpft, steht ihm übrigens in seiner Credittheorie recht nahe, darüber unten S. 32.

[58] Böhm-Bawerk l. c. S. 300: „ich wüsste in der That nicht, wie man den Thatbestand eines Tausches überhaupt . . . . reiner und deutlicher ausprägen könnte."

[59] Das wird in Fällen zutreffen, wie sie Böhm-Bawerk l. c. S. 309 f. aufstellt.

[60] Wenn die römischen Juristen hie und da bei Obligationen auf Restitution von Fungibilien auch von einer „permutatio" sprechen (L. 31 D. locati 19, 2. L. 34 pr. D. de auro 34, 2), so ist das lediglich im factischen Sinne gemeint, und gerade in solchen Stellen wird alles Gericht darauf gelegt, ob die species oder das genus Object der Schuld resp. des Legates ist. Den Gegensatz zwischen „permutare" und „mutuum" aber zeigt z. B. sehr scharf Plinius H. N. IX, 55: „sex milia numero murenarum mutuo adpendit, nam permutare quidem pretio noluit, aliave mercede." Vgl. Huschke S. 1.

[61] Dass, trotz sofortiger Consumtion des Empfangenen, der Nutzen fortdauernd sein kann, wird sich doch wohl nicht leugnen lassen. Vgl. Menger Grundsätze der Volkswirtschaft S. 133 ff.

[62] So freilich auch Bekker Jahrb. d. gem. R. V S. 361. S. dagegen Karlowa l. c. S. 409.

[63] S. bes. S. 304, auch Gesch. und Krit. S. 302 ff.

Juristen eins ist. — Schließlich noch eine Bemerkung. An einer Stelle (S. 310 f.) führt Böhm als Analogie zu dem Tausch bloß zeitlich getrennter Güter Fälle ins Treffen, wo „örtlich gegenwärtige gegen ganz gleichartige und nur örtlich entfernte Güter umgesetzt werden". Hier werde wohl niemand bestreiten, dass ein Tauschgeschäft vorliege; oder werde jemand darin ein Frachtgeschäft erblicken wollen?! Ich muss auch hier einen juristischen Einwand wagen. In den Fällen, von welchen Böhm ausgeht — A überlässt das in seinem Walde geschlagene Holz an B gegen dessen in dem Walde des B liegendes Holz — stehen nicht vertretbare Sachen, sondern individuell bestimmte „Quantitäten" in Rede, also kein genus, sondern „species".[64] Hier liegt also ein Tausch vor; aber hier fehlt es an der Analogie zu dem Falle des Darlehens. Setzen wir aber — denn nur so ist die Analogie vorhanden — es hätte A dem B eine Quantität Holz gegeben, dafür B an entferntem Orte dieselbe Quantität in genere abzuliefern, — dann ist das ein Frachtgeschäft: der classische Fall der sog. locatio conductio irregularis, wie sie schon der alte Saufejus der L. 31 D. locati kannte![65]

§ 3.

B Durch seinen wirtschaftlichen Zweck erscheint das Darlehen als Creditgeschäft;[1] denn eben die Überlassung der Nutzung von Capital (fungiblen Sachen) auf Zeit macht das Wesen der Creditgewährung aus, und die Überlassung von Eigenthum vertretbarer Güter gegen seinerzeitige Restitution gleicher Quantität und Qualität, das „in creditum abire",[2] ist die rechtliche Erscheinungs-
Zusatz 1. form des **Credits**. Es lässt sich also auch sagen, das Darlehen

---

[64] S. über den Gegensatz nur Karlowa l. c. S. 413 f.; Bekker P. § 71.

[65] Vgl. hierzu Ihering Zweck I S. 169 Note **.

[1] „Creditgeschäft" im Sinne eines Rechtsgeschäfts, welches ein „creditieren" bewirkt, sowie Tauschgeschäft ein Rechtsgeschäft ist, das einen Tausch (vgl. Knies Credit 1 S. 35) bewirkt; vgl. unten N. 3 u. Zus. 1.

[2] Das „creditum", „credere" der Römer hat bald einen sehr weiten Sinn — z. B. auch depositum und commodatum umfassend, wie in L. 1 § 1, L. 2 § 3 D. de R. C. 12, 1 — bald, insbes. in der Verbindung „pecunia credita" die engste Bedeutung „Darlehen", wie in L. 11 D. de V. S., L. 24 D. praeser. verb. 19, 5 i. f.; aber häufig soll der Ausdruck auch gerade das im Texte angegebene Moment hervorheben, so in L. 2 § 1, L. 10 D. de R. C., L. 3 § 3 D. de S. C. Maced. 14, 6 („in creditum abire"), den „usus" (cf. L. 60 pr. D. pro soc. 17, 2) u. zw. den usus an Fungibilien (L. 2 § 1 cit.) als das Charakteristische des Begriffs; vgl. Karlowa l. c. S. 417, Ihering Zweck I S. 174, Halpert l. c. S. 38, Randa Lehre v. d. Zins. S. 39. Kaum richtig Niemeyer, dep. irregul. S. VIII. Nach Huschke S. 2 f. (dagegen Pernice Labeo I S. 409 N. 8) würde auch die Etymologie von „credere" auf das Geben zum Gebrauch hinweisen. — Über die historische Entwickelung des römischen Begriffs s. Bekker Akt. I S. 113, Pernice l. c. S. 416 f., Lenel Edict. perpet. S. 30 f.

sei der durch die „causa credendi“ charakterisierte Vertrag.[3] Diese causa, als der unmittelbare Geschäftszweck, und nur sie ist es, über welche beide Contrahenten im Darlehensvertrag sich einigen.[4] Mögen ihnen, oder einem von ihnen, auch andere entferntere Zwecke (Motive) vorschweben: wo ihr erklärter Consens in erster Linie jene causa credendi trifft, liegt ein Darlehen vor, wo das nicht der Fall ist, nicht.[5] Nicht jeder Vertrag aber, welcher zu einem „credere“ führt, nicht jedes „Creditgeschäft“ ist ein Darlehen.[6] So scheidet sich das letztere:

a) von Verträgen, an welche eine Creditgewährung sich anschließt,[7] ohne die causa des Geschäfts zu ändern;

b) von Geschäften, deren causa eine andere ist, aber in der Durchführung vermöge besonderer Umstände (der Natur des Objects) die Wirkung einer Creditgewährung hat — dem „irregulären“ Verwahrungs- oder Pfandvertrag u. a.;

c) endlich von Geschäften, welche die ihnen etwa zugrunde

---

[3] Im Gegensatze zu anderen Verträgen, welche ein „creditum“ erzeugen, aber deren nächste causa (s. unten S. 28 f.) dies nicht ist. Auch bei Gaj. III 124 wird das Darlehen als „pecunia, quam credendi causa damus“ von anderen Fällen der „pecunia credita“ unterschieden.

[4] Das Darlehen ist das „Urcreditsverhältnis“: Jhering l. c. S. 181 (vgl. Huschke S. 24: „das einzige rein vermögensrechtliche Geschäft“). Auch Savigny Syst. V Beilage XIV geht von diesem Gedanken aus.

[5] Der Freund, der ohne Zinsen borgt, wie der Wucherer, der Helfer in der Noth sowie der Capitalist, der sein Geld „anlegen“ will, will creditieren, — daher Darlehen; der Bankier, dem Geld zur Verwahrung (oder Verwaltung) gegeben wird, will zunächst das Geld übernehmen, mag ihm auch diese Verstärkung seines Fonds noch so gelegene Hilfe sein — daher Depot. Vgl. auch unten S. 56 f. So viel ist sofort klar: wie jeder Vertrag, der zustande kommt, durch das Interesse beider Contrahenten motiviert sein muss, so auch das Darlehen; dies Interesse als ihr Motiv kann für beide Theile verschieden sein; aber eins sind sie nothwendig über die causa, d. i. den unmittelbaren Zweck des Geschäfts. (Vgl. dazu oben § 1 N. 29.) Danach also, ob das Geschäft „im Interesse“ des einen oder des anderen liegt (s. z. B. Jhering l. c. S. 171), werden sich die einzelnen Geschäfte nicht individualisieren lassen. — Im Zusammenhange mit der Verwechselung der Geschäfts-causa und des weiteren Zwecks steht die alte Streitfrage über die Giltigkeit von Darlehen zu verbotenem Spiele, worüber unten § 13.

[6] S. die Legaldefinition des portugiesischen Handelsgesetzbuchs bei Cohn „Credit“ in Endemann's Hdb. II S. 358. Dies auch der Fehler des Aufsatzes von Neuda Ger. Zeit. 1860 Nr. 121. Dagegen Grünhut in seiner Ztschr. III S. 499; s. ferner unten N. 12.

[7] Ein „gelegentliches“ „fidem sequi“ (§ 41 J. de rer. div. 2, 1). Karlowa l. c. S. 417 f.; „zufälliger“, nicht „nothwendiger“ Credit: Goldschmidt l. c S. 406; Cohn l. c. S. 371, Jhering l. c. S. 182, Bechmann Kauf I S. 331; nicht „exclusive Creditverkehrsgeschäfte“: Knies l. c. 1 S. 97. Ganz entgegengesetzt wäre gerade das Darlehen nicht stets Creditgeschäft nach Endemann Ztschr. f. Handelsr. IV S. 57 f. (vgl. S. 77) und Roesler l. c. S. 410.

liegende causa credendi nicht zum Ausdrucke bringen — der Ausstellung von Wechseln, gewissen Anleihepapieren u. dgl.

Auf die beiden letzteren Gruppen wird später[8] zurückzukommen sein. Zu der Gruppe a zählen zwei Arten von Verträgen:

α) Gewisse synallagmatische Verträge, bei welchen die Leistungen nicht Zug um Zug erfolgen sollen; als Musterfall diene der Kauf mit hinausgeschobenem Termine der Preiszahlung: „Creditkauf".[9] Der Unterschied zwischen solchen Geschäften und dem Darlehen darf nicht verwischt werden.[10] Die causa bleibt dort die causa emendi et vendendi so gut wie bei Barkauf,[11] die Klage des Verkäufers auf Preiszahlung ist Kaufsklage, nicht Darlehensklage. Deshalb kann auch nicht einmal von einem mit dem Kaufvertrage sich verbindenden Darlehen[12] die Rede sein. Dasselbe gilt

β) von Stundungsverträgen.[13] Sie enthalten allerdings —

[8] Unten § 5 und § 6, dann § 23 und S. 83 f.

[9] Endemann l. c. S. 72 ff.; Knies l. c. 1 S. 5. — Wie zum Kaufe, so kann ein Creditgeben hinzukommen zur Sachmiete, der Werkverdingung, dem Lohnvertrag, soferne der Mietpreis nicht nach „vollbrachter Arbeit" (§ 1156) zu zahlen ist, ebenso kann etwa im Gesellschaftsvertrage einem Socius die Einlageleistung creditiert werden. Auch der Contocorrentvertrag gehört hierher (s. Grünhut l. c.). Dagegen kann in all diesen Fällen bei Vorausleistung des Geldpreises von keinem Creditgeschäft im technischen Sinne die Rede sein, da Gegenstand der Forderung des Vorausleistenden nicht Fungibilien sind; vgl. Jhering l. c. S. 172, 176 gegen Knies l. c. S. 17 f.; s. auch unten S. 32 f.

[10] Vgl. unten Zus. 1 gegen Knies' Theorie.

[11] „Origo potius obligationis . . . considerandus est", sagt L. 3 C. ad SC. Maced. 4, 28 in Bezug auf die Anwendbarkeit des Macedonianum auf den Creditkauf. Vgl. auch Bechmann Kauf I S. 329.

[12] Ein Fehler, nicht nur der bei Cohn S. 834 citierten, insbes. französischer Gelehrter, sondern auch Jhering's l. c. S. 173 f., nach dessen Ansicht sich „ein verstecktes Darlehen einschiebt". Weniger verfänglich ist es, wenn Windscheid II S. 435 von „darlehenartigen Geschäften" spricht (vgl. auch Kumpf l. c. S. 552 ff.). Für das römische Recht scheint mir der Satz des § 41 J. de rer. div. 2, 1 ein wichtiger Grund, den Creditkauf vom Darlehen zu scheiden: auch die gesetzliche Zinsenforderung des Verkäufers (Jhering l. c. S. 175) bildet einen schroffen Gegensatz zu der Nothwendigkeit eigener Stipulation von Zinsen bei Darlehen; die Möglichkeit einer condictio certi auf Bezahlung des creditierten Preises endlich beweist noch nichts für die Darlehensnatur dieses creditum; vgl. Baron Condict. S. 1 ff., S. 34 f. Lenel, Edict. S. 187. — Selbstverständlich darf man sich nicht durch Fälle täuschen lassen, in welchen die primäre Absicht die Creditgewährung ist, somit Darlehen, aber die Valuta durch den Kauf verschafft werden soll — von directen Simulationen ganz zu geschweigen (vgl. dazu Huschke S. 157 f. und unten § 10. Ja, es muss zugegeben werden, dass die Grenze mitunter praktisch schwer zu erkennen sein wird; vgl. Manz § 983 N. 7.

[13] Vgl. dazu Endemann l. c. S. 192 ff., S. 49. Ein „Creditgeben" — z. B. im Sinne Art. 369 Abs. 1 H. G. B. — ist bei nachträglicher Stundung geradeso vorhanden wie bei Verkauf auf Credit; dazu Grünhut R. d. Commissionshand. S. 142 N. 1 a. E.

soferne sie sich auf die Leistung von Fungibilien beziehen — Creditgewährung, aber sie geben dem gestundeten Anspruche keine neue causa,[14] zum Unterschiede von Fällen, wo gerade dies gewollt, mit anderen Worten, wo durch Novation in der That eine Darlehensobligation geschaffen[15] wird.

Dass all dies nicht eine bloß theoretische Frage ist, sondern in den praktischen Consequenzen bedeutsam, ist klar. Steckte wirklich in jedem Creditkauf und ähnlichen Creditgeschäften ein Darlehen, so müssten positive Normen, welche für letzteres gegeben sind, ohne weiteres auf erstere Anwendung finden. So gemeinrechtlich das S. C. Macedonianum[16], die querela non numeratae pecuniae[17]; so nach österreichischem Rechte beispielsweise die Vorschrift des § 1001 — soferne dieselbe überhaupt besonderes enthält[18] —, der Notariatszwang zwischen Ehegatten,[19] gewisse singuläre Normen über die Rückzahlungsvaluta,[20] vor allem aber das Verbot des § 991.[21] Die letztgenannte Gesetzesstelle in Verbindung mit § 1063 kann geradezu als Beweis de lege lata gelten gegen die Construction des Creditkaufs als „Kauf mit Darlehen verbunden". Würde davon ausgegangen, so könnte die Valuta dieses Darlehens

---

[14] Vgl. dazu Bechmann l. c. II S. 481 ff. — Das p. de non petendo ist das volle Gegenstück des pactum de contrahendo mutuo. Letzteres verpflichtet zum „credere", ist aber noch nicht das Darlehen, dessen causa vielmehr erst die wirkliche datio setzt; ersteres enthält ein „credere", aber die causa des Obligationsverhältnisses ist schon vorher gegeben z. B. durch Kauf — s. die zwei Fälle in L. 3 §§ 3, 4 D. de SC. Maced. 14, 6.

[15] Vgl. z. B. L. 15 D. de R. C. 12, 1. Eine derartige Novation darf aber nicht etwa in dubio überall angenommen werden (§ 1379). Vgl. noch Cohn S. 834 f.

[16] Die Unanwendbarkeit des S. C. auf Creditkauf und ähnliche Geschäfte erhellt aus L. 3 § 3 D. de SC. Maced. 14, 6, L. 3 C. eod. 4, 28 trotz des Spruches „filio familias credere non licet" (Brinz II S. 485). Über die sonstigen Schwierigkeiten der Interpretation ersteren Fragments s. Huschke S. 157; Mandry, Familiengüterr. I S. 451 f.; Donell Comm. de Jur. Civ. XII, 24 § 16.

[17] Wie weit das Recht der Querel über das Gebiet des Darlehens ausgedehnt werden müsse, ist streitig. S. Gneist Form. Vertr. S. 294 ff., Huschke S. 131 ff gegen Windscheid II S. 435, Bähr Anerk. (1. Aufl.) S. 317.

[18] S. unten § 20, bes. N. 25.

[19] In Bezug auf den Creditkauf ist die Frage hier gleichgiltig, da der Kaufvertrag zwischen Ehegatten als solcher gleichfalls durch das Ges. v. 25. Juli 1871 dem Notariatszwange unterworfen ist, nicht aber etwa für den Contocorrent- oder Gesellschaftsvertrag (oben N. 9).

[20] S. unten § 17. Vgl. bei Manz § 986 N. 1 die Erkenntnisse betreffend die Vdg. v. 7. Febr. 1856.

[21] Auch die Vorschrift des § 990 gilt nur für das Darlehen in Wertpapieren nicht für den Verkauf auf Credit, bei welchem der Preis auch abweichend vom Curse des Lieferungstages bedungen sein kann. — Auch für die Anwendbarkeit z. B. von H. G. B. Art. 47 Abs. 2 (vgl. Cohn S. 838 N. 42) ist entscheidend, ob Darlehen oder sonstiges Creditgeschäft vorliegt.

offenbar nur als in der gelieferten Ware gegeben betrachtet werden, und der „Preis" als die vorausbedungene Schuldsumme. Gerade ein derartiges Darlehen aber erklärt § 991 für nichtig, während aus § 1063 erhellt, dass das a. b. Gb. den „Kauf auf Borg" ausnahmslos als giltig[22] anerkennt!

Von einer directen Anwendung der Darlehensnormen auf alle „Creditgeschäfte" kann somit keine Rede sein. Immer kann es sich nur fragen: vorerst, ob nicht im concreten Falle das betreffende Geschäft, der Creditkauf z. B., lediglich *simuliert*,[23] in Wahrheit aber ein Darlehen gewollt sei; sodann ob etwa eine oder die andere Vorschrift *analoger* Ausdehnung fähig sei. Ebenso wird aber
Zusatz 2. auch umgekehrt, was den **Sprachgebrauch unserer Gesetzgebung** betrifft, genau zuzusehen sein, ob durch irgend eine Norm alle, oder nur gewisse Kategorieen von Creditgeschäften, vielleicht gar *nur* das Darlehen getroffen werden wollten; denn eine Durchsicht unserer Gesetzsammlungen zeigt sehr bald, dass es hier an einer festen Terminologie fehlt.[24]

Zusatz 1. „**Credit**" und „Creditgeschäft" sind nicht identisch.[25] „Credit" ist eine Erscheinung, ein Factor der *Volkswirtschaft*, „Creditgeschäft" ein Rechtsgeschäft (vgl. oben N. 1), ein *juristischer* Vorgang. Nur ein paar Worte, betreffend einige die juristische Seite des Problems berührende Aufstellungen,[26] dürften hier am Platze sein; denn gehört der *Credit* an sich auch nicht dem Rechtsgebiete an, so bedarf die Jurisprudenz doch der Klarheit über das Wesen der *Creditgeschäfte*[27] (vgl. Zus. 2), und sind dies auch nicht sich deckende Begriffe, so können sie doch auch nicht einander widersprechen,[28] vielmehr muss die nationalökonomische Lehre vom „Credit" sich in der juristischen vom „Creditieren" bewähren und umgekehrt.[29] — Für die Charakterisierung der hierher gehörigen

[22] *Zeiller* III S. 363. Sehr deutlich kommt der Gegensatz zum Vorscheine im Pr. L. R. I; 11 §§ 715—717 gegenüber § 720 ebend. (vgl. auch § 862 ebend.).

[23] Vgl. L. 7 § 3 D. de S. C. Maced. 14, 6; Pr. L. R. I; 11 § 721.

[24] Vgl. *Cohn* l. c. II S. 355 N. 6.

[25] *Cohn* l. c. S. 356.

[26] Übersichten der sehr verschiedenen Auffassungen der Nationalökonomen s. bei *Roesler* Ztschr. f. Handelsr. XII S. 351 ff., *Cohn* l. c. S. 355 ff. und *Knies* l. c. S. 44 ff.

[27] Man kann sich daher doch nicht gut damit bescheiden, dem Ausdrucke „creditieren" jeden „juristisch-technischen" Sinn abzusprechen, wie *Randa* l. c. S. 39, oder lediglich die verschiedenen möglichen Auffassungen zu registrieren, wie *Cohn* l. c. §§ 229–233.

[28] Ich glaube nicht, dass wirklich je ein und derselbe Vorgang den Juristen zu anderen Schlüssen führen *müsse*, als den Volkswirt, wie *Roscher*, Vorwort zu *Dankwardt* Nationalökonom.-Zivilist. Studien S. VII f. gesagt hat; ich würde es lieber mit dem Spruche *Bastiat's* halten: „économie politique, justice, bon sens, c'est tout un."

[29] Ebendeshalb ist mit einer sich auf Quelleninterpretation beschränkenden

Rechtsgeschäfte ist vor allem nichts gewonnen durch die Bezeichnung des Credits als „Vertrauen" oder Vertrauenswürdigkeit,[30] so wahr es natürlich ist, dass die Creditgeschäfte Vertrauensgeschäfte im eminenten Sinne sind, und dass auch historisch bei ihnen die „creditis in rebus fides" (Pernice Labeo I S. 409 f.) besonders hervortrat. Merkwürdigerweise begnügt sich selbst Thöl[31] mit dieser Begriffsbestimmung: „Credit ist das Vertrauen, dass ein Versprechen erfüllt werde." Wie es darnach überhaupt irgend eine Obligation ohne „Credit" geben könne,[32] ist in der That nicht einzusehen. Wie wenig aber mit diesem Creditbegriff ein Rechtsgeschäft zu qualificieren ist, zeigt vielleicht am besten der Satz, zu welchem Roesler (l. c. S. 409) gelangt: „wer einem andern Credit gibt, gibt ihm nicht etwas, was dieser nicht schon hätte"! — Unfruchtbar für die Bestimmung von Geschäftszwecken[33] ist aber auch die Auffassung des Credits als Object der Wirtschaft bzw. des Rechtsgeschäfts, trotz der geistreichen Ausführung des Gedankens bei Endemann[34]. Wollte man die causa der Verträge ihren Gegenstand nennen, so wäre es allerdings richtig, dass dieselben durch diesen ihren Gegenstand charakterisiert werden; allein Endemann stellt eben dem Credit als Geschäftszweck entgegen den Credit als ein „Gut"[35] und ein Rechtsobject, welches in dem Creditgeschäft vom Gläubiger an den Schuldner veräußert würde. „Reine Creditgeschäfte" sind ihm daher nur solche, deren Inhalt sich hierin erschöpft, nicht aber z. B. das Darlehen, welches zugleich andere Güter (die Valuta) überträgt! — Verwandt ist die Anschauung Roesler's: Credit sei ein Vermögensobject, das Creditgeben müsse daher die Schaffung eines neuen Gutes involvieren, und das geschehe bei dem echten Creditgeschäfte, indem dem Gläubiger ein abstractes Forderungsrecht creiert[36] werde. Während somit auch für

---

Darstellung der „Lehre von dem Creditum", wie sie Heimbach gibt, nicht viel gefördert.

[30] S. z. B. Nebenius, D. öffentl. Credit (1820) bes. S. 199 ff., Rudhart l. c. S. 156; Dankwardt l. c. II S. 32.

[31] Handelsr. § 295; auch Gareis Handelsr. (2. Aufl.) S. 445. — In ähnlicher Unbestimmtheit bleibt der Creditbegriff in der Darstellung von Papa d'Amico, I titoli di credito (1886) namentlich durch das fortwährende (p. 3—109) Ineinanderspielen von „credito" im Sinne von „Forderungsrecht" und von „Credit", vgl. bes. p. 16: „il credito e il diritto di esser pagato d'una qualche cosa in avvenire." Vgl. dagegen auch Krasnopolski Ztschr. f. Handelsr. XXXV S. 618.

[32] Trotzdem unterscheidet Thöl l. c. Creditgeschäfte, die es „ihrer Natur nach" sind, und solche, die es „infolge besonderer Verabredung" werden. S. dagegen auch Randa l. c. S. 39.

[33] So interessant es in anderer Richtung ist: s. Goldschmidt Handelsr. (2. Aufl.) I S. 407 N. 11 c.

[34] „Der Credit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte": Ztschr. f. Handelsr. IV, bes. S. 44—49, das Darlehen betreffend S. 50 ff. Dagegen S. 192 ff.: „reine Creditgeschäfte".

[35] l. c. S. 48.

[36] „D. Wesen des Credits u. d. Creditsnatur des Darlehens": Ztschr. f. Handelsr. XII S. 337—420, bes. S. 365, 380, 410; der Credit ist „eigenes Capital, gegen welches man fremdes zur Verfügung erhält" (S. 364) — s. dagegen bes. J. S. Mill, Principles of pol. econ. B. III ch. 19 —; dem Creditgeschäft wesentlich daher (S. 366) ein fester Termin der Rückforderung (ähnlich Endemann l. c. S. 57).

Roesler das Darlehen nicht dem Typus des Creditgeschäftes entspricht,[37] wäre dieser Charakter gerade nur den Geschäften beizulegen, die überhaupt nicht „individuell charakterisiert" sind![38] — Unter den Nationalökonomen dürfte es Knies[39] sein, welcher die rechtliche Gestaltung des wirtschaftlichen Vorganges bei Creditgewährung am schärfsten ins Auge fasst. Für ihn umfasst der Credit „entgeltliche Güterübertragungen, wobei die Leistung des einen in die Gegenwart, die Gegenleistung des anderen in die Zukunft fällt". Es ist diese — ähnlich wie Böhm-Bawert's Auffassung[40] — eine durchaus formale, sie lässt das reelle Moment, die Gestattung der Capitalsnutzung während jener Zwischenzeit, in den Hintergrund treten. Allein im Zusammenhange damit und wichtiger noch ist, dass die Fungibilität oder Nichtfungibilität der ausständigen Leistung als gleichgiltig erscheint[41]; damit ist — im Widerspruche mit der von Knies selbst betonten[42] Bedeutung dieses Umstandes — gerade das Charakteristische des „in creditum abire" preisgegeben. Abgesehen davon nun, dass diese Abgrenzung des Creditbegriffs sich nur durch Induction aus den von Knies ganz willkürlich gewählten Musterfällen (l. c. S. 5) ergibt, also füglich auf einen Cirkel hinausläuft[43] — das Gegenargument (l. c. S. 30), dass sonst der Kauf auf Credit und ähnliche Geschäfte von dem Begriffe ausgeschlossen wären, beruht auf dem Irrthum, als wäre bei einem Creditkauf die vorausgelieferte Ware und nicht vielmehr der ausständige Preis das, was „creditiert" ist,[44] also in der That eine „fungible" Summe, gerade so wie bei einem Darlehen. Ja, im Gegentheile passt nach Knies' Darstellung das Darlehen — gerade der Fall, an den jeder zu allererst denkt — nicht unter den Begriff; kann man denn ernstlich das geschuldete Capital „Gegenleistung" für die erhaltene Valuta nennen?[45] Gewiss so wenig, als es Gegenleistung für die Hingabe ist, wenn der Commodatar die geliehene Sache in natura zurückstellt. — Viel besser, trotz mannigfacher Anklänge an Knies, betont Goldschmidt[46] den Gegensatz zwischen „Tauschcredit" und „Leihcredit", und spricht er, statt von Leistung und Gegen-

[37] Das römische mutuum erscheint Roesler als Zwittergebilde, weil es stricti juris und doch nicht abstracte Obligation ist: S. 381 ff., 392, 405.

[38] S. oben S. 28.

[39] „Der Credit" 1. u. 2. Hälfte (1876 u. 1879); s. bes. 1 S. 1–43; 2 S. 1 ff.

[40] Vgl. oben S. 25 f. Ähnlich auch Dernburg Pr. R. II S. 501 f. Gegen diese nur äußerliche Charakterisierung auch Inama in Grünhut's Ztschr. VII S. 392.

[41] Knies l. c. 1 S. 17, 20; dagegen Ihering Zweck I. S. 173 ff.; Randa l. c. S. 39; Luschke S. 23. Wird man im Leben die Vermietung eines Pferdes wirklich ein Creditgeschäft nennen?

[42] Knies, Das Geld S. 68 ff. (vgl. auch Credit 1 S. 26).

[43] Dagegen auch Cohn l. c. S 355 N. 8.

[44] Gegen Knies s. Ihering l. c. S. 168, 172 f., 174 N. *. Vgl. auch Bechmann, Kauf I S. 336 f.; Halpert l. c. S. 32 N. 37; s. ferner das unten zu § 1033 Gesagte. Wie Knies aber auch Endemann l. c. S. 78 N. 34.

[45] Vgl. oben S. 25 f. und unten § 4 N. 47. Dass das Darlehen nicht zu den „Synallagmen" gehört, s. Bechmann l. c. S. 494; neuestens Pernice, Ztschr. d. Sav. Stift. IX S. 249 f., 257; aber auch schon Rudhart l. c. S. 135.

leistung, von Gestattung der „Verfügung über fremde Güter ohne entsprechende Vermögensaufopferung". Doch scheint auch er auf die Fungibilität kein Gewicht zu legen. — Gerade dies Moment hebt Ihering mit Recht hervor,[47] indem er die dadurch postulierte Normierung der Frage des periculum betont: „Credit ist Einräumung der vorübergehenden Benutzung von fungiblen Sachen." Ähnlich hatte schon Savigny[48] das „creditum" entwickelt, allerdings im Hinblick speciell auf die Entstehung der römischen condictio und nicht auf die ökonomische Bedeutung des Vorganges. Dass aber, um diesem letzteren gerecht zu werden, die Fungibilität bis zum allgemeinen Begriff des Capitals erweitert werden müsse, ist oben im § 2 zu zeigen versucht.

Zusatz 2. Aus dem **Sprachgebrauch unserer Gesetzgebung**[49] lässt sich ein technischer Begriff des Creditgeschäfts nicht entnehmen. Gleichwohl lohnt sich eine Musterung der einschlägigen Gesetze; denn — auch ohne irgend erschöpfend sein zu wollen — lehrt sie einmal, wie allmählich erst der engere Begriff des Darlehens und der weitere des Creditgeschäfts sich trennen, sodann aber, dass die oben verfochtene Auffassung des letzteren auch dem positiven Rechte gegenüber standhält. — Im Texte des a. brgl. Gb. kommt das Wort „Creditgeschäft", „creditieren" u. dgl. nicht vor, wohl aber letzteres im amtlichen Register desselben. Unter diesem Schlagworte wird verwiesen auf §§ 1031, 1032, 1033 und „auch Darleihensvertrag", Beweis, dass auch im Sinne des Gb. das Darlehen nur eine specielle Art des „Creditierens" bildet. Die dem Gesetze selbst geläufige Bezeichnung aber für den Gattungsbegriff ist gerade diejenige, welche für uns die Leihverträge i. e. S. charakterisiert: „Borg" und „borgen"[50]. So heißt der Creditkauf Kauf „auf Borg" (§ 1032 f., § 1063); so spricht § 273 von „Borgverträgen", ohne darunter nur Darlehen begreifen zu wollen,[51] während allerdings § 1071 „Borggeschäft" im Sinne von Darlehen gebraucht.[52] Gerade die An-

[46] Handelsr. I 2. Aufl. S. 405 f.; vgl. aber auch 1. Aufl. I S. 1118 N. 1: „in jeder Geldschuld liegt implicite ein ... dem Schuldner creditierter Geldwert".

[47] Zweck I S. 165 ff. Gegen seine Identificierung von Credit und Darlehen s. oben N. 12.

[48] Syst. V Beil. XIV bes. S. 512 ff.

[49] Über auswärtige Gesetze s. Cohn l. c. II S. 355 N. 6, S. 358.

[50] Vgl. Register h. v. Auch die Vdg. v. 2. Juni 1753 u. a. verbieten, Soldaten „etwas zu borgen oder zu leihen" (s. dazu unten § 13). Es ist interessant in Grimm's Wörterbuch v. „Borgen" den Ausweis zu finden, dass der altdeutsche Sinn dieses Wortes nichts von dem Moment des „Leihens" enthält, sondern nur das der Stundung und rechtlichen Sicherung des Gläubigers, dass also die Bedeutung „Creditieren" in der That die ursprüngliche war. — Das Pr. L. R. stellt zwar deutlich dem Darlehen das „auf Credit geben" u. dergl. entgegen (z. B. I; 11 § 861 f., I; 13 § 134, § 137, § 139; I, 14 § 126 f. spricht aber anderwärts (z. B. § 224 ebend.) von „geborgtem Kaufgeld" u. dergl.

[51] Wie das in der Fassung der ersten Lesung des § 253, I Wg. Gb. deutlich hervortrat, wo als Voraussetzung der Prodigalitätserklärung überhaupt muthwilliges „Schuldenmachen" und „besonders ... leichtsinniges Erborgen von Geldern" genannt war: Ofner I S. 209.

[52] Hier ist der Ausdruck des Wg. Gb. (III § 205) stehen geblieben, welches

wendung dieser Ausdrücke für den weiteren Begriff des Creditgeschäfts aber zeigt, dass als das wesentliche dieser Geschäfte die zeitweilige Gebrauchsüberlassung gedacht ist, das „utendum dare“ als die ihnen mit dem Commodat und der Miete gemeinsame causa.[53] Und dass in all den genannten Creditfällen trotz der gelegentlichen Wendung „ausgeborgte Sachen“ (§ 1033),[54] nicht die vorausgehende Leistung oder voraus gelieferte Ware, sondern der Preis als creditiert gilt, das „credere“ auch des a. b. Gb. also sich auf Fungibilien[55] bezieht, ist klar, wenn man bedenkt, dass überall der Anspruch auf die ausstehende Gegenleistung eben Kaufschuld bleibt (§ 1032: „das, was genommen wird .... zu bezahlen“) nicht aber etwa Rückforderung der Ware gestattet ist.[56] Das Besondere des Creditkaufs (§ 1063) besteht nur in der Ausschließung der exceptio non adimpleti contractus (§ 1052).[57] — Auch für die Stundung[58] von schuldigen Leistungen gebrauchen die älteren Normen fast durchwegs den Namen „Borgung“.[59] Und auch hier wieder erhellt sofort, dass sich durch dies „Borgen“ nicht etwa eine Darlehensschuld dazwischenschiebt, sondern die alte causa der Obligation fortdauert, die Schuld ihren Charakter behält.[60] — Während nun in früheren Gesetzen „Credit“ fast ausschließlich in dem allgemeinen und unbestimmten Sinne von „Vertrauen“[61] erscheint, und dabei insbesondere an den „öffentlichen

---

„borgen“ für das Darlehen, wie für Commodat und Miete gebraucht, §§ 74 ff. ebend. Vgl. Zeiller III S. 375.

53 Vgl. Wg. Gb. III §§ 74 ff., § 254 und oben S. 26 ff.

54 Über den Gegensatz des Kaufs „auf Borg“ und des Darlehens s. oben S. 28 und unten N. 56. Dass übrigens die Codificatoren zwischen Darlehen und anderen Creditgeschäften nicht immer scharf unterschieden, zeigen namentlich die Verhandlungen über die Valutafragen bei Geldschulden, s. Ofner II S. 611 ff.

55 S. oben N. 2.

56 Sehr klar ist der Gegensatz im Wg. Gb. III §§ 189, 190: Ist die Ware ohne das Kaufgeld geliefert und „keine Zahlungsfrist bestimmt“, so bleibt Verkäufer 3 Tage lang befugt, die Ware zurückzufordern, Käufer „wird für einen Entlehner angesehen“: nach Ablauf dieser Frist ist „das Kaufgeld geborgt“ und das Eigenthum der Ware geht auf den Käufer über, so wie das nun nach § 1063 sofort eintritt, eine Vereinfachung, die gerade damit motiviert ward, dass hier nicht ein „Darlehensvertrag einzumengen“ sei: Ofner II S. 412.

57 Zeiller III S. 362.

58 S. oben S. 28, 3.

59 S. die zahlreichen Gesetze und Erlässe über „Steuer- und Zoll-Borgung“, z. B. Erl. d. Fin. Min. v. 5. Febr. 1852 R. G. B. 43; v. 25. Apr. 1855 R. G. B. 81; v. 22. Sept. 1857 R. G. B. 173; v. 22. Dec. 1857 R. G. B. 242; v. 1. Sept. 1858 R. G. B. 134; v. 23. Dec. 1858 R. G. B. 243; v. 25. Febr. 1860 R. G. B. 50; v. 4. Jänn. 1860 R. G. B. 8; Ges. v. 29. Oct. 1862 R. G. B. 75 § II; Erl. d. Fin. Min. v. 12. März 1863 R. G. B. 28; v. 15. Juli 1868 R. G. B. 100.

60 Nichts liegt diesen Gesetzen ferner als der Gedanke an ein Darlehen. Die Execution bleibt dieselbe wie für die ursprüngliche Abgabe: Erl. v. 5. Feb. 1852 cit. § 10; und die Kundmachung des Fin. Min. v. 20. Mai 1856 R. G. B. 86 § 7 sagt geradezu: „Die creditierten Zölle behalten den Charakter und die Eigenschaft einer landesfürstlichen Abgabe.“

61 Auch Adelung v. „Credit“ — in Sprachfragen der Gewährsmann der Redactoren des a. b. Gb. — kennt nur diesen Sinn. Ebenso versteht Str. Gesb. § 199 lit. t (gleichlautend Strf. Gesb. v. 1803 § 178) unter Verlängerung des

Credit",[62] an öffentliche „Creditoperationen" oder Crediteinrichtungen[63] gedacht ist, im Gegensatze zu concreten, insbesondere privaten Creditgeschäften, wie das Darlehen,[64] tritt allmählich der modernere Begriff des „Creditierens" in letzterer Bedeutung auch in die Gesetzessprache ein. Charakteristisch hierfür ist es z. B., wie an die Stelle der „Zoll- und Steuerborgung" in den Gesetzen allmählich die „Creditierung" tritt,[65] desgleichen, wie das ältere Gemeinde-Ges. v. 1849 und damit zusammenhängende Vorschriften[66] „Creditoperationen" und „Darlehen" einander entgegensetzen, während das neue Ges. v. 1862 § 90 an der entsprechenden Stelle allgemein von „Darlehen oder Uebernahme von Haftungen" spricht. — Eine ganze Reihe neuerer Gesetze schließt sich nunmehr an, welche „Creditgeschäfte" in dem oben dargelegten Sinne als Rechtsgeschäfte besonderen privatrechtlichen Charakters behandeln, wobei freilich der Umfang dieses Begriffes nicht feststeht und für jedes einzelne erst untersucht werden muss. Ich erwähne: das Ges. v. 14. Juni 1868 R. G. B. 62, betreffend die Zinsen „bei Darlehen und creditierten Forderungen" (§ 1), in welchem die letztere, nicht sehr glückliche Wendung gewiss Creditgeschäfte im weitesten Sinne treffen will, nicht etwa bloß Stundungsverträge;[67] ferner das Gesetz v. 28. Mai 1881 „wider unredliche Creditgeschäfte", worunter jedenfalls nicht bloß Darlehen verstanden sind, wenn auch nicht alle zu einem „credere" führenden Geschäfte darunter fallen mögen;[68] das Ges. v. 9. April 1873 R. G. B. 70, betreffend Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, zu deren Zwecken die „Creditgewährung" gehört (§ 1); endlich das Ges. v. 19. Juli 1877 R. G. B. 67 gegen die Trunkenheit, und die Gewerbe-Novelle v. 8. März 1885 § 78,[69] welche vom „Creditieren" und „Creditnehmen" bei Kauf gewisser Waren handeln, als von Geschäften „auf Borg" im Sinne des a. b. Gb. — Auch das Handelsgesetzbuch stellt im Art. 369 den Verkauf „auf Credit" dem „gegen bar" entgegen, und bezeichnet in solchem Falle, correcter als der obenerwähnte § 1033, den Kaufpreis als creditiert. Dagegen fehlt ihm der Ausdruck des „Creditierens" im weiten Sinne; vielmehr werden im Art. 290 die unter

---

„Credits" Erschleichung des Vertrauens auf die Zahlungsfähigkeit — vgl. Entsch. d. Cassat. H. v. 16. Juni 1883 Slg. 560.

[62] Vgl. auch § 668 u. § 680; §§ 106 ff. Strf. Gesb.: „öffentliche Creditspapiere"; dann „Creditsbücher" z. B. im Erl. v. 10. Jän. 1856 R. G. B. 13.

[63] Vgl. Ges. v. 30. Mai 1880 R. G. B. 58 Art. II: „Creditoperationen"; Staatsgrundgesetz v. 21. Dec. 1867 § 11 lit. e: „Creditgesetzgebung".

[64] Gem. Ges. v. 1849 R. G. B. 170 § 80; vgl. Vdg. v. 26. Oct. 1852 R. G. B. 214.

[65] S. z. B. Kundmachung v. 20. Mai 1856 R. G. B. 86; Erl. d. Fin. Min. v. 4. Jänn. 1860 R. G. B. 8; v. 15. Jänn. 1862 R. G. B. 6; Vdg. v. 2. Jänn. 1863 R. G. B. 3; Ges. v. 26. Juni 1868 R. G. B. 73; Erl. d. Fin. Min. v. 13. Dec. 1883 R. G. B. 178; v. 6. März 1886 R. G. B. 37.

[66] S. bes. Erl. d. Min. d. Innern v. 11. Dec. 1850 Z. 13353 § 13.

[67] Vgl. Randa Lehre v. d. Zins. S. 30 f., 38 ff.

[68] S. unten § 19 N. 18.

[69] Dazu Krasnopolski Grünhut's Ztschr. XIV S. 305 ff.

diesen Begriff gehörigen Fälle („Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen") durch Exemplification bezeichnet,[70] während häufig der „Vorschuss" (neben dem Darlehen) das Creditieren in weiterem Sinne einzubeziehen bestimmt zu sein scheint, so in Artt. 93, 369, 374, 382, 411.[71]

§ 4.

C. Das Darlehen als Realcontract.

M. Schuster Ztschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830. I. S. 254 ff.; Habietinek, Österr. Vierteljahrsschr. V S. 125 ff.; Hasenöhrl I § 26; Reinhold, D. Natur d. sog. Realcontracte (1888). — Gruchot XII S. 645 ff.; Storch, D. heutige insbes. landrechtl. Darlehensvertrag (1878); Förster-Eccius II S. 277 ff. — Demelius, Jahrb. f. Dogm. III S. 399 ff. (1859); Unger ebend. VIII S. 1 ff. (1866); Kohler Ges. Abhdlg. (1883) I S. 44 ff. und Arch. f. brgl. R. II S. 211 ff. (1889); Eisele Ztschr. f. schweizer. R. N. F. III (1884) S. 1 ff. Weitere Literatur bei Cohn S. 843 N. 80 u. Hasenöhrl l. c. N. 36.

I.

Das Darlehen,[1] u. zw. das verzinsliche[2] wie das unverzinsliche, ist Realvertrag[3] (§§ 983, 984).

Darin liegt ein doppeltes: Entstehungsgrund der Darlehensobligation ist die Hingabe[4] des Capitals; sie bestimmt den Zeitpunkt der Perfection des Vertrages und den Umfang der Schuld.[5]

---

[70] Vgl. Hahn, Comment. II S. 108; Regelsberger in Endemann's Handb. II S. 498.

[71] Vgl. Cohn S. 853 f. und unten § 5; ferner Grünhut, R. d. Commissionshandels S. 253 f.

[1] Ebenso Leihvertrag (§ 971), Hinterlegungsvertrag (§ 957), Pfandvertrag (§ 1368), wohl auch der Trödelvertrag (§ 1086): Unger S. 19, Reinhold S. 3 N. 1 gegen Habietinek S. 134 N. 2 — näheres unten Cap. 8. In den von Schuster S. 259 (aber auch Reinhold l. c.) aufgeführten Fällen der Schenkung (§ 943) des Spiels und der Wette kann nicht von Realverträgen, oder doch nur in ganz anderem Sinne die Rede sein; s. dagegen Hasenöhrl S. 330 N. 19. — Ein eigenartiger Realcontract ist das sog. „Kostgeschäft": Adler Ztschr. f. Handelsr. XXXV S. 418 ff. Vgl. ferner unten S. 50.

[2] § 984 definiert den „Zinsenvertrag" als „Darleihen . . . gegen Zinsen gegeben".

[3] So auch die herrschende Lehre des österreichischen Rechts: Zeiller, Nippel, Winiwarter, Stubenrauch zu § 983; Habietinek S. 128; Geller C. Bl. I S. 142; Krainz II 1 S. 206 (vgl. Pfaff-Hofmann Exc. I S. 180 N. 50); dagegen treten für die Kategorie des Consensualcontractes ein Schuster, Hasenöhrl, Reinhold ll. cc., Kirchstetter (3. Aufl.) zu § 983; bezüglich des gemeinen Rechts s. Windscheid § 312 N. 5.

[4] Dass heute das Darlehen nicht bloß durch directe Tradition gegeben werden kann (s. unten §§ 9—11), ist kein Argument gegen seine Natur als Realcontract, es ist eben nur die „res" freier aufgefasst. Insoferne unrichtig Endemann Handelsr. § 138 N. 9, Dankwardt Nationalök. u. Jurispr. II S. 16. Richtig Hruza Novation S. 37 N. 20.

[5] Nämlich der Hauptschuld. Allerdings kann heutzutage Rückleistung von mehr der Quantität oder Qualität nach

Sodann aber: Eine etwa vorhergehende[6] Vereinbarung, durch welche der eine sich verpflichtet, ein Capital als Darlehen zu geben, der andere, dasselbe (als Darlehen zu nehmen und) zurückzuzahlen und zu verzinsen, ist eine „Verabredung, künftig erst einen (Darlehens-) Vertrag schließen zu wollen" (§ 936), d. i. ein Vorvertrag. Dass das moderne Recht, im Gegensatze zum classischen, schon die formlose Verabredung über das zu gebende Darlehen für „ebenfalls verbindlich" erklärt (§ 983), kann an der Thatsache nichts ändern, dass unser Gesetz beide Verträge und die ihnen entstammenden Ansprüche scharf sondert, und sie nicht, wie eine **neuere Theorie** Zusatz. es als begriffsnothwendig hinstellt, zu einem einheitlichen Rechtsverhältnisse zusammenzieht,[7] dem Consensualcontracte des Darlehens. De lege lata erscheint also die Hingabe der Darlehenssumme nicht als Erfüllung des Darlehensvertrages durch den Gläubiger,[8] sondern, falls überhaupt eine diesbezügliche Verpflichtung vorausgieng, als Erfüllung des Vorvertrages, und zugleich Entstehungsgrund der Darlehensschuld; sie hebt eine Obligation auf und schafft zugleich eine neue. Und diese Trennung von Vorvertrag und

---

bedungen werden, da die „res" nicht mehr formale „causa civilis" ist. Allein jedes derartige Plus fällt eben unter den Gesichtspunkt von Zinsen (s. unten S. 95) und ohne Hauptschuld keine Zinsenschuld! Verschieden davon ist die Frage, ob — falls die Valutazahlung nachfolgt — die bis dahin vertragsgemäß entrichteten Zinsen indebite gezahlt sind; damit befasst sich die Entscheidung in Slg. 4518.

[6] Dass eine derartige Vereinbarung nicht, wie vielfach behauptet ist, stets vorausgehen müsse, ist sicher. S. Eccius bei Förster-Eccius II S. 277 N. 10; ferner Eisele S. 5 ff.

[7] Wenn ein Gesetz dies, wie § 983, § 957, § 971, § 1368 citt., wortdeutlich ausspricht, so geht es doch wohl nicht an, die Unterscheidung damit weginterpretieren zu wollen, dass eben jene Paragraphen „anerkennen, dass diese Verträge auch ohne Hingabe giltig sind", — so Hasenöhrl l. c. N. 36 a. E., Schuster S. 258 (s. dagegen Krainz II, 2 S. 207 N. 60); ferner Keller P. S. 438; für das sächsische Recht trotz der dem § 983 gleichenden §§ 1067 ff. sächs. Gb. Pöschmann Commentar II S. 83 f. (gegen ihn Grützmann Lehrb. d. sächs. Pr. R. II S. 72 N. 6); betreffend das Recht des Cod. Max. Bavar. Th. IV Cap. 2 § 2 Rudhart, system. Einth. d. Verträge (1811) S. 226 f.; während für das preußische Recht (Pr. L. R. I; 11 §§ 653 ff.) Storch. S. 8 (ähnlich Förster l. c.) trotz seines entgegengesetzten theoretischen Standpunktes jenen „Dualismus" gelten lässt. — Nicht richtig ist es aber auch, wenn Grützmann l. c. S. 71 N. 4 jene Gesetzesbestimmung nur als Dispositivnorm gelten lassen will.

[8] Wie z. B. Demelius S. 403 oder Stobbe III S. 70 behaupten (ähnlich für das österr. R. Stählin im Jurist VI S. 118); gegen die Auffassung der Hingabe nicht als Entstehungsgrund, sondern als Bedingung der Darlehensschuld bei Demelius S. 405 N. 8, Hasenöhrl S. 331, 333, Reinhold S. 23 ff., Grützmann S. 70 u. a. s. Unger S. 11 N. 6 und Eisele S. 6 f.

Darlehen ist nicht bloß „doctrineller" Natur, sondern von größter Bedeutung in ihren praktischen Consequenzen.[9]

a) Die Verabredung, ein Darlehen zu geben oder zu nehmen, ist rechtsverbindlich, aber als pactum de contrahendo nur nach Maßgabe der positiven Normen des § 936, also nur, wenn die zu creditierende Summe[10] bestimmt, und eine bestimmte Zeit für die Hingabe vereinbart[11] ist; ihre Wirksamkeit erlischt ferner binnen Jahresfrist von jenem Zeitpunkte gerechnet;[12] sie enthält kraft des Gesetzes die sog. „clausula rebus sic stantibus".[13] All dies das Gegentheil von dem, was gelten müsste, wenn jene Verabredung schon der (Consensual-) Vertrag des Darlehens wäre.

b) Als Entstehungsgrund der Obligation bildet die erfolgte Hingabe der Valuta das Fundament der Darlehensklage und ist sie daher vom Kläger zu behaupten und zu beweisen, während unter der entgegengesetzten Auffassung die Klage durch die bloße Verabredung substantiiert erscheint, und erst der Einwand des Geklagten, die Valuta nicht empfangen zu haben — exceptio non adimpleti contractus — den Kläger zum Beweise nöthigen würde.[14]

c) Stünden sich die Verpflichtung zur Hingabe der Valuta und die Zinsenschuld als Leistung und Gegenleistung aus dem einen (Consensual-) Vertrage gegenüber, so wäre der Zinsenanspruch

---

[9] Unbegreiflich, wie Hasenöhrl N. 36 angesichts der positiven Vorschriften des § 936 behaupten kann, die ganze Frage habe — de lege lata — nur theoretisches Interesse (s. freilich auch Habietinek S. 127 und die Citt. oben N. 7); dagegen mit Recht Regelsberger Civilr. Erörterg. I S. 132. Jener Auffassung gegenüber ist es wohl nicht überflüssig, im Texte die wichtigsten praktischen Consequenzen des Gegensatzes nebeneinanderzustellen. Eine weitere Consequenz s. z. B. bei Thöl Handelsr. I, 2 S. 191.

[10] Sie ist das „wesentliche Stück" des Vertrages im Sinne des § 936 (vgl. Zeiller III S. 149, Stubenrauch II S. 286), aber auch nur sie, nicht aber etwa die Valuta der Hingabe oder Rückzahlung, oder die Höhe der Zinsen, da für diese Punkte gesetzliche Dispositivnormen bestehen, vgl. Krainz II, 2 S. 206. — Übrigens würde auch indirecte Bestimmung der Darlehenssumme wohl genügen, vgl. das Beispiel bei Gruchot XII S. 665 N. 3.

[11] Die ergänzende Vorschrift § 904 kann hier also nicht zur Anwendung kommen; vgl. Stubenrauch l. c., Krainz l. c. N. 56. — Vgl. noch unten § 22 N. 6.

[12] Dass dies keine Verjährung, sondern eine gesetzliche Befristung ist, s. Unger Syst. II S. 278 N. 79, Grawein Verjähr. u. gesetzl. Befrist. S. 230 f. Dagegen D. Mot. II S. 316 doch wohl mit Unrecht.

[13] Das gerade Gegenstück des principiellen Satzes in § 919. Vgl. noch unten § 22 N. 23.

[14] Soferne Kläger sich auf einen Schuldschein stützt, wird das praktisch allerdings nicht merklich; wohl aber etwa, wenn ohne Empfangsbekenntnis ein Darlehen eingeklagt ist, und der Richter in contumaciam zu entscheiden hat. Insoferne ist Bähr Krit. Vrtljhrschr. XVIII S. 335 f. nicht

des Gläubigers begründet von dem Augenblicke an, wo er die Valuta bereit hält;[15] denn mehr als Erfüllungsbereitschaft ist nicht erforderlich, um die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus dem Felde zu schlagen.[16] Nicht so vom Standpunkte des a. b. Gb.: nur die wirkliche Hingabe des Darlehens, oder eventuell der durch den Richter erzwungene[17] Abschluss des Hauptvertrages, kann die Darlehensschuld und die Zinsenobligation zur Entstehung bringen.

d) An eine Cession des Anspruches auf Ausfolgung des zugesagten Darlehens kann unter dem Gesichtspunkt des Vorvertrages nicht gedacht werden,[18] während deren Zulässigkeit schwer zu bestreiten wäre, handelte es sich um einen Anspruch aus perfectem Vertrage.[19]

e) Da als Erfüllungsort[20] im Zweifel der Ort des Vertragsschlusses gilt (§ 905), so ist offenbar für den Fall, dass die Verabredung über die Darlehenshingabe und die Hingabe selbst an verschiedenem Orte erfolgte, der Zahlungsort für Capital und Zinsen ein anderer, je nachdem man die Darlehensobligation aus jener Verabredung oder aus der Übergabe der Valuta ableitet.

f) Dass bei Ungiltigkeit des Darlehensvertrages das wirklich gegebene Capital mit einer Bereicherungsklage zurückgefordert werden kann, ist zweifellos.[21] Diese Klage aber wäre, wenn in der That die Valutaleistung immer nur solutio ist, die condictio indebiti (§ 1431), während sie sich auf dem Boden unseres Gesetzes als condictio sine causa (§ 877) darstellt, eine Klage, die nicht, wie erstere, Beweis eines Irrthums seitens des Klägers voraussetzt.[22]

---

so unpraktisch, wie Kohler Abhandl. S. 61 meint.

[15] Oder er könnte der Klage auf Ausfolgung des Darlehens compensando entgegengestellt werden; vgl. D. Mot II S. 306 und den Fall bei Kohler Abhandl. S. 44; dagegen aber Geller C. Bl. I S. 150, Slg. 5806.

[16] Kohler Abhandl. S. 46, Archiv S. 230 f.

[17] Vgl. über diesen Punkt unten § 22.

[18] Ebensowenig an Vererblichkeit derselben. Vgl. Göppert Krit. Vierteljhrschr. XIV S. 424 f.; Slg. 7813. Dagegen Geller l. c. S. 151, Thöl l. c. S. 192.

[19] Vgl. Eisele S. 39 ff.

[20] Vgl. in dieser Beziehung noch unten S. 175.

[21] S. unten II.

[22] Unger Syst. II S. 456 N. 22; Swoboda G. Z. 1868 Nr. 5, Entsch. v. 20. Febr. 1889 in Gell. C. Bl. VI Nr. 186. Vgl. übrigens Voigt, Arch. f. civ. Prax. LIV S. 75 f., welcher die sog. condictio Juventiana für eine c. indebiti hält.

II.

Das Verhältnis zwischen der Hingabe[23] des Darlehenscapitals und dem obligatorischen Vertrag über die Rückzahlung (res und consensus) ist nun nicht das äußerliche, dass zu letzterem kraft gesetzlicher Vorschrift erstere als Form hinzuzutreten hätte,[24] vielmehr erscheint der obligatorische Consens in der Hingabe und Übernahme der „res" eingeschlossen. Darleihen ist, wie oben gezeigt, Überlassung des Gebrauchs von Fungibilien auf Zeit, Hingabe credendi causa. Darauf richtet sich der Consens bei der Übergabe. Eben diese causa, der „Titel" der Übergabe (§ 1461), involviert einerseits den Eigenthumsübergang, andererseits die Pflicht zur Rückzahlung,[25] als die in dieser causa gelegene Schranke des übertragenen Rechts.[26] Die Darlehensobligation entspringt somit aus der causa der Hingabe des Capitals, der obligatorische Consens liegt in der Einigung über die „res".

In dem geschilderten Verhältnisse liegt der Berührungspunkt zwischen dem Darlehensanspruche und den condictiones sine causa. Wie die causa der Darlehenshingabe in ersterem positiv, so wird sie in letzteren negativ von Bedeutung.

Ist aus irgendwelchem Grunde der obligatorische Consens, das Versprechen der Rückzahlung ungiltig,[27] so erscheint der Zweck der Hin-

---

[23] Im Folgenden ist der Einfachheit halber stets der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, dass die „res" in Eigenthumsübergabe besteht.

[24] Selbst im classischen Rechte ist dies nicht durchaus der Fall. Die materielle Bedeutung der „res" kam selbst da zur Geltung, wo die Obligation des Darlehensnehmers in eine stipulatio gekleidet war. Vgl. Wendt Jahrb. f. d. Dogm. XXVIII S. 2 ff. „Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque": L. 52 pr. D. de O. et A. 44, 7. Dies gegen Kohler Abhandl. S. 51 und Grützmann l. c. S. 70.

[25] Vortrefflich handelt darüber Donell Comm. de j. civ. Lib. XII cap. XIII Nr. V. Vgl. auch Eisele S. 13: „obligandi causa datur" und „re contrahitur" sind dasselbe von zwei Seiten betrachtet; Unger S. 3; Hofmann Entstehungsgr. d. Obl. S. 59 f.; vgl. Windscheid Voraussetz. S. 161 f., Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 51 und Pernice Ztschr. d. Sav. Stift. IX S. 223. Bedenklich Bähr Anerkennung § 5 N. 3.

[26] So wie der causa der Übergabe zufolge in anderen Fällen ein beschränktes jus in re entsteht, oder beschränktes Eigenthum (dos!), eine Schranke, die, z. B. bei ususfructus, auch eine eventuelle Rückgabepflicht involviert. Auch in solchem Falle liegt ein „Realcontract" vor — s. Eisele S. 46 f. — dabei aber ganz klar, dass die Restitutionspflicht nur Wirkung der causa dandi ist, die etwa vorhergehende Obligation zur Bestellung jenes jus in re aber ein ganz anderes Rechtsverhältnis.

[27] So bes. wegen Irrthums, mangelnder Handlungsfähigkeit des Contrahenten, oder Unerlaubtheit des Darlehens. Vgl. vorläufig zur Übersicht der Fälle Heimbach Cred. S. 187 ff., Bekker Akt. I S. 116, Witte Bereicherungskl. S. 289 ff.; auf einzelne Fälle wird unten § 9, § 12, § 13 die Sprache kommen.

gabe, die causa credendi verfehlt. Der Empfänger, der zur Rückgabe nicht verpflichtet ist, hat das Capital nicht zu zeitweiliger Nutzung, sondern zu unbeschränktem Eigenthum, als solches aber „sine causa", daher der Geber dasselbe zurückfordern kann. Der Rechtsgrund dieses Anspruchs ist also nicht wie der des Darlehensanspruches der Consens über die causa der Hingabe, Vertrag, sondern die Thatsache, dass es am giltigen Consense über diese causa fehlt. Die Vermengung beider liegt oberflächlicher Betrachtung theoretisch nahe, weil immerhin von beiden gesagt werden kann, dass sie „aus der datio" entspringen;[28] sie liegt praktisch nahe, weil beide — namentlich im Falle des Gelddarlehens — sehr häufig in ihrem Gegenstande und ihrem Erfolge sich decken. Gleichwohl sind auch die praktischen Unterschiede augenfällig. Der Hauptanspruch aus dem Darlehen geht auf nicht weniger, nicht mehr und nichts anderes als die der hingegebenen gleiche Quantität und Qualität:[29] Rückleistung von „tantundem". Die Condiction[30] hingegen richtet sich zunächst auf Rückstellung der gegebenen Stücke selbst, auf „idem",[31] solange diese erkennbar vorhanden sind, allein soweit sie ohne Schuld des Empfängers

---

[28] Die nahe Verwandtschaft von Darlehens- und Bereicherungsanspruch ist bekanntlich vielfach von classischen Juristen — bes. Gajus, Inst. III, 91, L. 5 § 3 D. de O. et A. 44, 7; cf. L. 13 § 2 D. commod. 13, 6 — wie von neueren bemerkt (s. nur Savigny Syst. V S. 521 f., 564 f., Brinz II S. 552 N. 7) und mit Recht wird betont, dass auch die condictio sine causa der Sicherung der Realisierung des („eigentlichen"?) Parteiwillens dient, so dass das „Geschäft gleichsam auf dem Sprunge steht, ganz Contract zu werden" (Jacobi Jhrb. f. Dogm. IV S. 229, 280 ff., Bekker l. c. S. 114; vgl. auch Hofmann l. c. S. 60 N. 114). Gleichwohl darf der Gedanke nicht übertrieben werden, wie in der Darstellung bei Heimbach l. c. S. 204 ff. oder Pfersche Bereicherungskl. S. 167 f. oder der Theorie, welche die Condictionen auf Quasicontract resp. fingierten Vertrag zurückführt, einer Theorie, die zwar in ältere Gesetze Aufnahme fand — Wg. Gb. III §§ 380, 398, Code civ. Art. 1376; vgl. Rippel VIII, 2 S. 177 f. — jedoch nun gründlich widerlegt ist bes. durch Erxleben Condict. I S. 14 ff., II S. 55 ff.; s. auch Pfaff G. Z. 1868 S. 133 und schon Zeiller's Bemerkungen bei Ofner II S. 170. Immer muss betont bleiben, dass der Rechtsgrund der condictio ein anderer ist als der des Darlehens, und dass beide sich ausschließen, so auch in dem Falle der sog. condictio Juventiana, über welche zu vergl. Heimbach l. c. S. 221 ff., Huschke S. 25 f. — Über das Verhältnis der condictio ob turpem causam zum Darlehensanspruch s. unten § 13.

[29] Vgl. oben N. 5, dann unten § 15.

[30] Über den Gegenstand der Condictionen s. für das österr. R. ganz bes. Pfaff G. Z. 1868 Nr. 30—35, dem sich im wesentlichen auch Pavlicek L. v. d. Klagen aus ungerechtf. Bereicherung (1878) S. 83 ff. und Pfersche l. c. S. 66 ff., S. 137 ff. anschließen. Vgl. Unger II S. 549 N. 46; aber auch die jedenfalls de lege ferenda höchst beachtenswerten Bemerkungen von Bolze Archiv f. d. civ. Prax. LXXVI über den „Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäfte", bes. S. 261 f.; ferner Pfersche l. c. S. 173 f.

[31] Pfaff l. c. S. 121. Slg. 4502.

verloren sind, reduciert sich der Anspruch auf die zur Zeit der Klagebehändigung vorhandene Bereicherung, sowie andererseits auch die indirecte Bereicherung, Zuwachs, Früchte, etwa bezogene Zinsen[32] herauszugeben sind. Ist aber die Rückstellung in natura unthunlich, so tritt hier wie bei jeder Obligation Ersatz in Geld ein, nicht aber in gleicher Gattung.[33] Auf der anderen Seite können im Darlehensvertrage zu dem aus der datio als solcher folgenden Anspruche mancherlei Nebenberedungen Zinsen, Valuta, Zeit und Ort der Rückzahlung u. a. betreffend hinzutreten, deren Wirkung bei Ungiltigkeit des obligatorischen Consenses wegfällt, so dass für die condictio lediglich die diesbezüglichen gesetzlichen Normen in Kraft treten.[34]

Wiederum verschieden von dem Bisherigen ist aber der Schadenersatzanspruch, welcher unter Umständen bei Nichtigkeit des Darlehensvertrages für den Geber gegen den Nehmer erwachsen kann, ein Anspruch der Regel nach auf das „negative Vertragsinteresse", wie ihn zweifellos das a. b. Gb. in gewissen Fällen statuiert.[35] Dass dieser Ersatz zum mindesten Rückersatz der gegebenen Darlehensvaluta umfasst, ist klar; ebenso aber, dass er im übrigen sich sowohl von dem Vertragsanspruche aus dem Darlehen, wie von

---

[32] Darüber, dass trotz der Verweisung auf § 330 in § 1437 die Bereicherungsklagen auch des österr. Rechts sich auf die Früchte erstrecken, s. Pfaff l. c. S. 138; Zeiller IV S. 165; Unger I S. 88 N. 49 — gegen Stubenrauch II S. 794 u. a. (unrichtig auch Slg. 3065). Übrigens wird der Gegensatz bei Gelddarlehen allerdings kaum praktisch, da das zu condicierende Geld keine „causa rei" mit sich zieht (s. aber Pfaff l. c. S. 141 über die Verpflichtung, wirklich bezogene Zinsen zu restituieren), leicht jedoch kann der Unterschied in Frage kommen bei Darlehen in Wertpapieren, bei dessen Ungiltigkeit die Condiction sich auch auf Dividenden richten würde, sowie anderseits auch Impensen — etwa Nachzahlungen auf Aktien — aufzurechnen sein könnten.

[33] Pfaff l. c. S. 133 f., 137, 141. Nicht richtig Nippel VIII S. 199, Swoboda G. Z. 1868 S. 13 f. Auch diese Differenz ist bei Geld natürlich in der Regel unpraktisch; aber nicht immer: so, falls das Darlehen nicht in Landeswährung gegeben war.

[34] Vgl. Slg. 10974 und Pat. v. 18. Octob. 1792 J. G. S. 62 § 3. — Auch die Beweisfrage stellt sich anders für die Darlehens- als für die Bereicherungsklage: dort Beweis der Hingabe der Valuta und des Consenses — hier Beweis der Hingabe und der Ungiltigkeit des Darlehens durch den Kläger (vgl. dazu Pavlicek l. c. S. 123 ff. u. Citt. das. N. 1), obgleich praktisch die Sache sich häufig so gestaltet, dass Beklagter der Darlehensklage gegenüber die Ungiltigkeit des Vertrages darthut, und Kläger sich nun auf den Standpunkt der Condiktion zurückzieht. (Eine unzulässige Änderung des Klagegrundes kann schon mit Rücksicht auf die Fassung des § 878 darin nicht gesehen werden.) Vgl. noch unten § 8 N. 6.

[35] §§ 869, 874, 878, 248, 866. Schon Jhering „culpa in contrahendo" Jhrb. f. Dogm. IV S. 46 f. hat auf diese Fälle hingewiesen.

der Bereicherungsklage, nach Umfang[36] und Rechtsgrund[37] unterscheidet.[38]

Dass beide, die Bereicherungsklage wie die Ersatzklage bei Nichtigkeit des Darlehens, einer völlig anderen Obligation entstammen als der Darlehensanspruch, zeigt sich insbesondere darin, dass die „Accessionen" des Darlehensvertrages, Pfandrechte und Bürgschaften, für jene nicht haften.[39]

Zusatz. Die **neuere Theorie**,[40] welche die Existenz von Realcontracten im heutigen Rechte verneint, hat nach obigen Ausführungen (I) im Gebiete des österreichischen Rechtes keinen Boden. Ein näheres Eingehen auf die „merkwürdige Streitfrage" dürfte daher an dieser Stelle nicht geboten sein, dies umso weniger, als mir alle gegen jene Theorie sprechenden Argumente lichtvoll und überzeugend in der an der Spitze dieses Paragraphen genannten Abhandlung Eisele's dargelegt zu sein scheinen,[41] einer Arbeit, die gerade dadurch an Bedeutung

---

[36] Der Gegensatz tritt deutlich hervor in § 878 (vgl. § 877).

[37] Letzteres wird von Bedeutung auch wegen der kurzen Verjährungsfrist des § 1489, die ich trotz sehr allgemeinen Widerspruches in Theorie und Praxis (s. bes. Pfaff, Gutachten zur Lehre v. Schadenersatz u. Genugthuung S. 29 N. 89, Stubenrauch zu § 1489 und die Entsch. b. Manz § 1489 N. 3, aber auch N. 7 u. 8) nur auf Delicts- und gesetzliche Ersatzansprüche für anwendbar halten möchte, also auch nicht auf die Bereicherungsklagen (für diese Ansicht Scheidlein Miscell. V S. 126, Unger II S. 396 N. 31).

[38] Nur eine fehlerhafte Praxis wirft alle diese Ansprüche zusammen; so die Entsch. Slg. 1386, 3711, 4342 und die 2. Instanz Slg. 10974; richtig dagegen Slg. 2497, 3713, 6642, 10788. Unklar ist in diesem Punkte auch Stubenrauch II S. 328; vgl. aber auch Pfersche l. c. S. 211 und das Votum bei Ofner II S. 652.

[39] Abgesehen von dem Falle, dass das Pfandrecht oder die Bürgschaft für alle eventuellen Ansprüche des Darlehensgebers „in omnem causam" (L. 56 § 2 D. de fidej. 46, 1) gegeben war, was Interpretationsfrage ist (Windscheid I S. 778 N. 6), aber doch wohl nicht in dubio anzunehmen (so Dernburg Pfandr. I § 75) arg. § 1353; die entgegengesetzte Regel gilt nur für den Fall der Handlungsunfähigkeit des Hauptschuldners gemäß §§ 1352 resp. 896; s. Stubenrauch zu § 1352, Slg. 8704. — Über die singuläre Haftung der Accessionen bei Annullierung des Darlehens wegen Wuchers s. unten § 19.

[40] Über deren Aufkommen s. Eisele S. 3 ff. — Bei den Berathungen des Entwurfes des a. b. Gb. hatte schon ein Monitum der jur. Facultät Freiburg die Theorie des Consensualcontracts angeregt: Ofner II S. 34.

[41] Durchaus keinen Fortschritt bedeutet die Schrift von Reinhold, welcher in seiner Polemik gegen die Theorie des Realcontracts thut, als lehrte dieselbe, dass der Vertrag durch res ohne Consens zustandekomme (s. bes. S. 5 ff., 31 f.) und überdies daraus den Schluss zieht, dass es „sog. pacta de contrahendo überhaupt nicht gibt" (S. 32 N. 18)! — Indes auch Storch (S. 28, 73) geht so weit, zu behaupten, vom Augenblicke an, wo die vorhergehende Verabredung über Geben und Nehmen eines Darlehens als klagbar erkannt sei, sei die Aufrechthaltung des Realcontractes unmöglich, und umgekehrt hätten die Römer, indem sie die obligatio mutui „re" entstehen ließen, auch die Giltigkeit jedes Vorvertrages „ein für allemal" negiert. Falsch ist seine Interpretation der L. 30 D. de R. C. (S. 30 ff.), einer Stelle, die ja nicht ein „in Stipu-

sehr gewinnt, dass sie nicht vom gemeinen Rechte, sondern dem schweizerischen Bundesgesetze über d. Obl. R. Artt. 329, 321, 475 ihren Ausgang nimmt, welches dem Zuge der modernen Theorie folgend, das Darlehen, die Gebrauchsleihe und die Hinterlegung als Consensualverträge zu gestalten versucht hat.[42] Auch der neueste Aufsatz Kohler's (Archiv f. brgl. R. II, bes. S. 220 ff.) enthält keine befriedigende Widerlegung Eisele's, doch bricht Kohler der Behandlung des Darlehens als Consensualvertrag die Spitze ab, indem er fast alle oben (S. 38 f.) aus der Natur des Realcontractes gefolgerten praktischen Sätze auch für den Consensualvertrag aufnimmt. — Wenige Worte also nur über einen Punkt, anknüpfend an die Theorie Unger's. Er führt aus:[43] da anerkanntermaßen die Verpflichtung zur Rückgabe bedingt sei durch vorherigen Empfang, so bestehe dort, wo keine Verpflichtung zur Empfangnahme gelte, eine Obligation des Empfängers vorher überhaupt nicht, diese entstehe also in der That erst durch die Hingabe, m. a. W. durch Realcontract; so bei Commodat, Pfandvertrag, unverzinslichem Darlehen. Anders, wo der Verpflichtung zur Rückgabe, u. zw. als wesentlich, die Verpflichtung zur Übernahme vorhergehe; da liege Consensualvertrag vor, so bei verzinslichem Darlehen oder Depositum. Der tiefere Grund der Unterscheidung aber sei, dass in ersteren Fällen „das ganze Geschäft, das Geben und Nehmen in obligatorischer Absicht, lediglich den Vortheil des Empfängers bezweckt", in letzteren aber „nur oder doch auch den Vortheil des Gebers" (S. 14). Allein ist dieser „Vortheil" wirklich ein brauchbares Kriterium für die Beurtheilung der Natur von Rechtsgeschäften?[44] Kann es nicht ein unverzinsliches Darlehen geben, das auch dem Geber „Vortheil" bietet, oder ein verzinsliches, bei welchem nur der Empfänger „Vortheil" hat?[45] Sollte nicht der innere Gegensatz vielmehr in folgendem liegen? Wo der Geschäftszweck sich erschöpft in einem Geben von der einen Seite, Gebrauch oder Verwahrung und schließlich Rückgabe von der anderen Seite, da stehen sich allerdings Leistungen beider Theile gegenüber, aber so, dass die des zweiten nur die Schranke[46] bildet, nicht ein Entgelt für die des Ersten. Die eine ist die nothwendige Voraussetzung der anderen, nicht Gegenleistung für dieselbe.[47] Wo hingegen ein Synallagma vorliegt, Leistung gegen Gegen-

lationsform gegebenes Versprechen, ein Darlehen anzunehmen", sondern die in Voraussetzung künftigen Empfanges eingegangene Stipulation der Zahlung betrifft. Vgl. aber auch Geller Centralbl. I S. 141.

[42] Dass das schweizerische Gesetz, sowie der Dresden. Entw. Art. 523, nur einem theoretischen, nicht einem praktischen Bedürfnisse folgten, s. Eisele S. 2 f., Unger S. 2.

[43] Gegen Unger's (S. 9 f.) Vergleichung mit der Hingabe sub modo s. Eisele S. 10 ff.

[44] S. oben § 3 N. 5.

[45] Ersteres etwa, wenn das Darlehen aufgenommen wird, um mit dem Gelde ein Geschäft im Interesse des Darleihers zu besorgen (vgl. L. 5 § 10 D. commod. 13. 6); letzteres z. B., falls A, welcher sein Geld sicher zu 5% anliegen hat, sich dazu versteht, es, gleichfalls zu 5%, dem — vielleicht minder sicheren — B zu borgen.

[46] Vgl. oben N. 26; Brinz Krit. Blätt. I S. 33, Ryck S. 349.

[47] Kann man wirklich behaupten, Hingabe und Rückgabe bei Darlehen,

leistung bedungen ist, ist es begrifflich gleichgiltig, welche der beiden vorangeht. Deshalb müssen Commodat, Pfandvertrag, unverzinsliches Darlehen, aber auch das (unentgeltliche) Depositum[48] Realcontracte bleiben, während jeder synallagmatische Vertrag seiner Natur nach sich zum Consensualcontract eignet. Hiermit ist nun allerdings anerkannt, dass das verzinsliche Darlehen, in welchem — mag man das Schlagwort von der Capitalsmiete gelten lassen oder nicht[49] — die Zinsenzahlung jedenfalls als Entgelt für die Überlassung des Darlehenscapitals bedungen ist, theoretisch zu den Consensualverträgen zu stellen wäre.[50] Die Leistung des Darleihers ist die „datio credendi causa", die Gegenleistung des Entlehners die Zinsenzahlung. Die Consequenz, dass bei Bereitschaft zu jener diese gefordert werden kann,[51] wenngleich der Entlehner die Valuta nicht annimmt, erscheint gerechtfertigt. Die Pflicht der Rückzahlung des Capitals freilich bleibt nach wie vor Ausfluss der causa jener „datio", also Realobligation. Wenn nun aber das österreichische Recht auch den „Zinsenvertrag" (§ 984) zweifellos als Realcontract behandelt, so möchte dies gleichwohl nicht als theoretische Verirrung zu bezeichnen sein, sondern als begründet durch gesetzgeberische Rücksichten.[52] Vorerst könnte es nicht zur Verein-

---

Commodat, Hinterlegung stehen im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung — wie Demelius S. 404, Dankwardt Nationalök. u. Jurisprudenz III S. 63 (über Knies und Böhm-Bawerk s. oben § 3 bei N. 45; anders Huschke S. 117)? Die exc. non num. pecuniae wäre dann nur eine exc. non adimpleti contractus, die Hingabe der Valuta gehörte nicht zum Klagegrunde. Allerdings, wenn letztere Einrede vielfach (vgl. dagegen nur Dernburg P. II § 21) nicht nur bei synallagmatischen, sondern auch bei sog. unwesentlich zweiseitigen Verträgen angewendet wird, so ist obiger theoretisch und praktisch wichtige Gegensatz verwischt. S. Puchta P. § 251 N. b. — Gerade für das österr. Recht, welches die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in dem Capitel vom Tausche — § 1052 — behandelt, sollte an eine Ausdehnung derselben über das Gebiet der synallagmatischen Verträge nicht gedacht werden.

[48] Anders von seinem Standpunkte Unger S. 16 f. — Wie verzinsliches und unverzinsliches Darlehen, so stellt das a. b. Gb. auch entgeltliches und unentgeltliches Depositum gleich (§ 969), obzwar die Abgrenzung des ersteren gegen die Miete nicht selten unklar wird. Vgl. darüber unten Cap. 3.

[49] S. unten S. 130, Kohler Archiv S. 220 f.

[50] Nur auf verzinsliche Darlehen scheinen sich auch die Ausführungen von Kohler zu beziehen, und für dieses urtheilt er, Abhdlg. S. 61, auch mit Recht gegen die starre römische Auffassung von Huschke S. 26 f. — Vgl. übrigens auch Eisele S. 31 ff., welcher betont, dass denn doch auch bei dem verzinslichen Darlehen die Rückgabe (des Capitales) nicht dieselbe untergeordnete Rolle spielt, wie etwa bei der Sachmiete. — Zwitterhaft ist die Auffassung von Suffrian, pact. de mutuo dando (1866), welcher den Consens über das verzinsliche Darlehen als eine Art Mietvertrag bezeichnet (S. 8), gleichwohl aber ihn als pactum de contrahendo behandelt, ja sogar (S. 5) dem Darlehensversprecher die Wahl zwischen Erfüllung und Ersatzleistung gewährt.

[51] Vgl. oben S. 39 c.

[52] Auch der D. Entw. § 453 — vgl. Mot. II S. 306 — ist daher mit Recht nicht dem Dresdener (s. oben N. 42), sondern dem Bair. Entw. Art. 619 (Mot. S. 192) gefolgt. Vgl. dazu Eisele S. 36 ff.

fachung des Rechtszustandes dienen,[53] wollte man — theoretischer Correctheit zu Liebe — das verzinsliche vom unverzinslichen Darlehen völlig trennen, ja selbst im letzteren den Hauptanspruch und den Zinsenanspruch auf verschiedene Rechtstitel gründen. Wichtiger aber noch scheint folgendes. Wo das Darlehen wirklich als Capitalsanlage erscheint, entspricht es seinem Zwecke vollkommen, den Zinsenanspruch des Gebers geradeso als Principale zu behandeln, wie den Anspruch des Nehmers auf die Valuta. Allein nicht alle verzinsliche Darlehen haben im Leben diese Natur. Wie oft hat derjenige, welcher ein Darlehen zusagt, auch wenn er sich Zinsen bedingt, gar nicht den Zweck, aus seinem Capital Nutzen zu ziehen, also den anderen zur Annahme zu verbinden. Er will nur, wenn er leiht, keinen Schaden haben, daher bedingt er sich Zinsen. Hier paßt der Standpunkt des, ich möchte sagen, paritätischen Consensualcontractes nicht.[54] Wie aber sollte das Gesetz die beiden Fälle scheiden? Viel besser läßt es principiell auch die Verzinsungspflicht erst durch die Hingabe des Capitals entstehen — durch Realcontract — und überläßt es den Parteien, falls das ihre Absicht, durch einen Vorvertrag sich bezüglich Hingabe oder Übernahme des Capitals zu binden.[55] — Schließlich bedarf es nach dem Gesagten kaum der Bemerkung, daß die sog. Innominatcontracte, die durchweg auf Entgeltlichkeit beruhen, heute, wo die „res" nicht mehr die Bedeutung der „causa civilis" des römischen Systems hat, unter die Consensualverträge fallen,[56] wie dies auch das a. b. Gb. anerkennt (§§ 921, 1173).

§ 5.

D. Abgrenzung gegen verwandte Rechtverhältnisse.

1. Vorschuß.

In der Sprache des Geschäftsverkehres und der Gesetzgebung werden die Ausdrücke „Vorschuß", „vorschießen" zur Bezeichnung bald gewisser Arten von Darlehen, bald gewisser Arten anderer Creditgeschäfte gebraucht.[1] Daher kann ihnen auch die Theorie keinen technisch-juristischen Begriff unterstellen;[2] wohl aber muß sie die ver-

---

[53] S. dazu Eisele S. 25 ff.

[54] S. das Beispiel oben N. 45.

[55] Die Schwierigkeit der Unterscheidung gibt auch Kohler Archiv S. 228 zu. Es handelt sich dabei also nicht um ein pedantisches „Anleimen" des Zinsengeschäfts an die Realobligation, wie Demelius S. 408 sagt, sondern darum, den Zwecken der Parteien Spielraum zu schaffen. Daß übrigens nicht jede Crediteröffnung als bloßer Vorvertrag behandelt werden dürfe, s. unten S. 177.

[56] Obgleich sie thatsächlich auch mit der Leistung von einer Seite beginnen können. Vgl. Unger S. 5 f., 14 gegen Demelius S. 401 f., und Habietinek S. 137 f.; dazu jetzt Wendt P. S. 480.

[1] Ähnlich wie die oben § 3 Zus. 2 besprochenen Ausdrücke.

[2] Auch das „Promutuum" der Quellen hat ähnlich unbestimmten Sinn, wie unser „Vorschuß" (vgl. Klotz Handwörterb. h. v.); eine technische Bedeutung

schiedenen Geschäftsvorgänge, welche unter jenem Namen vorkommen, auseinanderhalten.[3]

„Vorschuss" kann bedeuten[4]

a) das gewöhnliche Darlehen,[5] d. i. insbesondere ein Darlehen, für dessen Rückzahlung keine eigenthümlichen Nebenberedungen gelten;[6] wobei

b) der Name „Vorschuss" namentlich gerne gewählt wird, wenn das Darlehen im Hinblicke auf eine bestimmte Deckung gegeben ist, „auf welche vorgeschossen" wird.[7]

c) Häufig aber ist der „Vorschuss" ein Darlehensvertrag unter gleichzeitiger bedingter Compensation der Darlehensforderung mit gewissen künftigen, oder künftig fällig werdenden, Forderungen des Darlehensempfängers gegen den Darlehensgeber;[8] so z. B. „Gehaltsvorschüsse" an Beamte.[9] Erweist sich die Compen-

---

desselben lässt sich nicht finden, trotz der Mühe, welche Heimbach l. c. S. 216 ff. und Huschke S. 14 f. darauf verwenden; s. freilich auch Brinz Krit. Vierteljschr. XXV S. 188 f. — Eigenthümlich Cuiac. Observat. VIII. 34.

[3] Es wird kaum zutreffen, dass die Vermuthung für die Bedeutung als „gewöhnliches Darlehen" oben a) streite, wie Cohn S. 853, Dernburg Pr. R. II § 176 N. 11 wollen, und das Deutsche R. O. H. G. Bd. V S. 425 entschieden hat.

[4] Vgl. Cohn S. 853 f.

[5] So in zahlreichen Gesetzen, durch welche der Staat einzelnen Gemeinden oder Bezirken „Nothstands-Vorschüsse" gewährt: z. B. Ges. v. 5. Juli 1886 R. G. B. 110; v. 15. März 1876 R. G. B. 30; v. 10. April 1874 R. G. B. 36; v. 10. Juni 1872 R. G. B. 75; v. 17. Nov. 1863 R. G. B. 97, wobei aber auch als gleichbedeutend von „Darlehen" gesprochen ist, z. B. im Ges. v. 25. März 1879 R. G. B. 53; v. 18. Juli 1871 R. G. B. 71 § 1 u. § 2 — vgl. auch das Ges. v. 31. Mai 1882 R. G. B. 61 u. v. 16. April 1877 R. G. B. 32. Auch Pr. L. R. I; 11 § 708 setzt „Vorschuss" gleich dem „Darlehen"; H. G. B. Art. 93 umfasst mit ersterem auch das letztere, s. Hahn Comment. I S. 289. Dass gerade der Handel für das Darlehen „lieber weniger präcise Bezeichnungen wählt", s. bei Cohn S. 842; vgl. Thöl Handelsr. I, 2 S. 406.

[6] Im Gegensatze zu dem Falle unter c.

[7] Im Hinblicke also auf ein Gut, das als Pfand für den Credit haftet (H. G. B. Artt. 374, 382); oder auf Bürgschaft (Ges. v. 13. Dec. 1873 R. G. B. 162 Art. 4 lit. e); oder auf ein Retentionsrecht. Im weiteren Sinne gehört es auch hierher, wenn creditiert wird im Hinblick auf ein bloß persönliches Haftungsverhältnis des Creditnehmers, wie in den Fällen unter c, d und e; vgl. dazu auch unten § 9 N. 35. — Unter diesem Gesichtspunkte heißt auch das Lombardgeschäft „Vorschussgeschäft"; s. Cohn S. 853 N. 161 und Citt. das. — Dass auch Pachtcautionen „Vorschuss" genannt werden, s. bei Geyerding Ausbeut. v. Nachforsch. IV S. 14; Pfaff Geld als Mittel u. s. w. S. 6 N. 13.

[8] Vgl. Dernburg Pr. R. II § 176 N. 7.

[9] Vorschuss auf die Gage eines Schauspielers; auf einen erst in Aussicht genommenen Lohn- oder Miethvertrag s. Striethorst Archiv XXV S. 370. — Ein analoges Geschäft: Verkauf auf Credit unter verabredeter Compensation mit künftigen Lohnansprüchen des Käufers (Arbeiters) ist durch die Gewerbe-

sation als unmöglich,[10] dann, aber auch erst dann,[11] tritt der Darlehensanspruch auf Rückzahlung des „Vorschusses" ein.[12] Immer liegt also kein gewöhnliches, aber doch ein Darlehen vor,[13] für welches von der angeführten Modification abgesehen, die allgemeinen Normen[14] maßgebend sind. Ganz verschieden davon,

d) ist unter Umständen der „Vorschuss" überhaupt nicht ein Darlehen, sondern lediglich Vorausleistung,[15] insbesondere anticipierte Leistung in Erwartung einer Gegenleistung;[16] und zwar entweder

α) im voraus Leistung einer schon bestehenden, aber noch nicht fälligen,[17] oder

β) einer nur eventuellen oder künftigen[18] Schuld.

Novelle v. 8. März 1885 R. G. B. 22 § 78 verboten: vgl. Krasnopolski Grünhuts Ztschr. XIV S. 315 f.

[10] So bes. wenn der Gegenanspruch des Darlehensempfängers nicht zur Existenz gelangt: Der Beamte ist gestorben oder entlassen vor Abtragung des „Vorschusses".

[11] Dass die Schuld in erster Linie durch Compensation getilgt werde, ist ein Recht des Gläubigers — daher bei eigenmächtigem Verlassen des Dienstes diesem ein Ersatzanspruch erwächst unrichtig scheint die Entscheidung Slg. 9997, wie des Schuldners — daher der auf Zahlung klagende Vorschussgeber den Nichteintritt der Compensation (resp. ihrer Bedingung) zu beweisen hat. Hierin liegt der praktische Unterschied gegenüber dem „gewöhnlichen Darlehen", dem ja der Schuldner gleichfalls die Einrede der Compensation entgegenstellen kann.

[12] Ein ganz eigenartiges Verhältnis entsteht, wenn die Rückzahlung des Vorschusses auch nicht in zweiter Linie gefordert werden, vielmehr dessen Begleichung nur durch Compensation erfolgen kann. So „Vorschüsse" auf Grund der Staatsgarantie an Eisenbahngesellschaften, welche nur im Falle eines gewissen Reinerträgnisses des Betriebes zu tilgen sind u. zw. durch Verrechnung bei Heimfall der Eisenbahn nach Erlöschen der Concession. S. z. B. die Concessionsurkunde v. 17. Aug. 1869 R. G. B. 169 §§ 15—18; vgl. Ges. v. 28. März 1875 R. G. B. 58.

[13] Nicht aber, wie in den Fällen ad d, ein Anspruch aus dem Rechtsverhältnisse, welches die thatsächliche Grundlage zu dem Vorschusse bildete. Daraus ergibt sich z. B., dass die Dienstcaution eines Beamten, welche zur Sicherstellung seiner amtlichen Haftung dient (Mayerhofer Handb. f. d. polit. Verwaltungsdienst I S. 132, für Gehaltsvorschüsse nicht verfangen ist.

[14] Vgl. oben S. 29 f. über die praktische Bedeutung des Unterschieds.

[15] Vgl. die Ausdrücke „Avance", „anticipazione" in dem franz. und ital. Texte des schweiz. Oblig. R. Artt. 437, 512, 537; dazu Cohn S. 853 N. 162. — S. auch §§ 1101, 1102 betreffend „Vorauszahlung" von Bestandzinsen. Verschieden davon ist der oben N. 7 a. E. erwähnte „Vorschuss". — Cohn S. 853 lässt den Unterschied zwischen den hier ad d und ad c besprochenen Fällen unklar.

[16] Nicht bloß die Leistung aus einem synallagmatischen Geschäfte kann anticipiert werden; man denke etwa an die Vorausbezahlung von Terminen eines Gnadengehaltes.

[17] So z. B. Vorschuss auf eine in Raten zahlbare fixe Schuld. Dass hier Leistung solvendi causa, nicht ob causam futuram, wie ad β, vorliegt, zeigt § 1434. — Cohn S. 853 nennt diesen, allerdings minder praktischen, Fall besonders, sondert ihn aber in seinen Wirkungen nicht von dem im Texte zu β genannten.

[18] So Vorschüsse des Mieters auf künftige Mietzinse, des Käufers auf den Preis für eventuelle Lieferungen

Ist die anticipierte Schuld existent geworden, so kann hier bei Säumigkeit des Gegners niemals der „Vorschuss" zurückgefordert (§ 919), sondern nur die Contractsklage auf Erfüllung von Seite des Gegners oder Schadenersatz[19] erhoben werden. Gelangt aber die Schuld, auf welche vorausgeleistet ist, gar nicht zur Existenz, oder erweist sie sich (im Falle ad α) als ungiltig, dann allerdings hat der Geber Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses; doch ist auch dies nicht ein Darlehensanspruch,[20] sondern — ad α — condictio indebiti, oder — ad β — condictio ob causam datorum.[21]

e) Noch farbloser[22] endlich heißt es von demjenigen, er „gehe in Vorschuss", welcher einem anderen creditiert indem er Auslagen bestreitet, welche derselbe kraft eines zwischen beiden bestehenden Obligationsverhältnisses zu vergüten schon im vorhinein[23] verhaftet ist — so bei Verwendungen und Auslagen des Mandatars (§. 1014), Gesellschafters,[24] Commodatars u. dgl. Dass hier nicht von einem Darlehensanspruche die Rede sein kann, ist klar.[25]

2. Das Discontogeschäft,[26]

d. i. der Erwerb noch nicht fälliger Scripturobligationen unter Abzug (der Zinsen der Zwischenzeit), ist ein Vertrag, dem zwar oft — nicht immer — die causa der Darlehensgewährung zugrunde liegt, welcher aber diese causa nicht zum Ausdrucke bringt, daher nicht als Darlehen charakterisiert ist,[27] sondern sich formell nur als Kauf eines Wertpapieres darstellt.

(s. den Fall des Ges. v. 12. März 1876 R. G. B. 68 Art. II und Slg. 3791), des Mandanten an den Geschäftsführer (§ 1014), des Bestellers einer Arbeit auf den zu verdienenden Lohn (§ 1156, dazu Reg. v. „Vorschuss") u. dgl.

[19] Vgl. Slg. 3791.

[20] S. auch Brinz l. c. S. 189, Cohn S. 853 f. Entsch. des deutsch. R. G. Bnd. III S. 87.

[21] Die Unterscheidung zwischen condictio indebiti und c. ob causam ist wegen des bei ersterer erforderlichen Beweises des Irrthums (s. Unger Revid. Entw. S. 70 f.) nicht gleichgiltig. Vgl. auch den Fall bei Gensler Arch. f. d. civ. Prax. II S. 277 ff. — Das deutsche R. G. l. c. behandelt allerdings auch die Vorausleistung des schon gebundenen Käufers als datio ob causam futuram (?).

[22] Vgl. § 789, wo von der Anrechnung von „Vorschüssen" auf den Pflichttheil die Rede ist; ferner Entsch. d. deutsch. R. O. H. G. Bd. X S. 186 ff., welche Vorschuss als „Credit in laufender Rechnung" nimmt. — Über „Vorschuß" im sog. „Reportgeschäft" s. Grünhut in Endemann's Hdb. III S. 32 f.

[23] Vgl. L. 45 pr. D. mand. 17, 1.

[24] S. dagegen Entsch. d. deutsch. R. O. H. G. Bd. V S. 260. Richtiger wohl Slg. 6611.

[25] Vgl. Cohn S. 854, Grünhut R. d. Commissionshandels S. 262. Dass gerade in derartigen Fällen häufig ein Schuldschein mit fingierter Darlehenscausa ausgestellt wird, darf nicht irre machen, vgl. unten S. 86.

[26] Es genügt, betreffs dieses, dem Handelsrechte angehörigen, Geschäftes auf Cohn S. 854 ff. und die daselbst angegebene Literatur zu verweisen.

[27] Vgl. oben S. 28.

Zusatz.

3. Darlehen und Quasinießbrauch.

Vergleicht man die für das unverzinsliche[28] Darlehen und den Quasinießbrauch geltenden Rechtsnormen, so zeigt sich, daſs der Vertrag,[29] durch welchen die Nutznießung begründet wird, nicht verschieden ist vom Darlehensvertrage. Auch ersterer erfordert nach österr. Recht Tradition (§ 481) u. zw. Tradition zur „Verfügung nach Belieben" (§ 510, vgl. § 983), und aus dieser entspringt unmittelbar — ohne Vermittelung durch eine cautio, wie nach römischem Rechte — die Obligation des Empfängers zur seinerzeitigen Rückgabe in genere,[30] mit anderen Worten: Realcontract hier wie dort.[31] Die „Endigung" der Nutznießung, d. i. die Fälligkeit der Rückleistung, tritt zwar im Zweifel erst mit dem Tode des Nutznießers[32] ein; gleichwohl liegt darin kein begrifflicher Gegensatz zum Darlehen, da auch für dieses Rückzahlung beim Tode des Schuldners verabredet sein kann, sowie umgekehrt für den Nießbrauch ein früherer oder dem Effecte nach[33] auch ein späterer Termin (§ 527, § 529).[34] Dagegen fehlt es an anderen wichtigen Punkten nicht an Gegensätzen.

---

[28] Das verzinsliche Darlehen bietet natürlich keine Analogie zum Quasinießbrauch. Überflüssig also, zu betonen, wie Glück IX S. 413 u. a., daſs „im quasi usufructu" zum Unterschiede gegen das mutuum keine Zinsen stipuliert werden können.

[29] Vom gesetzlichen Nießbrauche kann hier abgesehen werden: von Ersitzung kann bei Quasiususfruct nicht die Rede sein: Hanausek, Lehre v. uneig. Nießbr. S. 25. Was das Legat betrifft, so hat dasselbe nach österr. R. immer nur obligatorische Wirkung (§ 684); auch der legierte Quasiususfruct entsteht somit immer nur durch Vertrag, gerade so, wie wenn etwa der Erbe letztwillig zur Gewährung eines Darlehens verpflichtet wäre. Für das gemeine Recht s. Hanausek l. c. S. 20 ff.

[30] Die Einigung über die causa der Übergabe begründet die Restitutionspflicht; wenngleich also keine eigene stipulatio mehr erforderlich ist, so fließt diese Obligation doch nicht „ex lege" (so Windscheid I § 204 N. 1, Hanausek l. c. S. 37), oder doch nicht mehr als jede andere.

[31] S. oben § 4 N. 26. Vgl. D. Mot. III S. 535.

[32] Von anderen Erlöschungsarten der Dienstbarkeiten kommt bei Quasinießbrauch nicht in Betracht der „non usus", oder „casus" (die Gefahr trägt, wie bei Darlehen, der Nutznießer: Hanausek l. c. S. 26). Nicht „consolidatio", aber „confusio" kann die Beendigung dieses Rechtsverhältnisses, aber auch des Darlehens herbeiführen (anders in dem Falle der L. 3 L. 4 D. h. t. 7, 5, worüber Pfaff Geld als Mittel S. 44 f.). In diesen Punkten also zeigt sich kein Unterschied zwischen Darlehen und Nießbrauch. — Eine Besonderheit des letzteren läge allerdings vor, wenn das eigenthümliche römische Accrescenzrecht bei legiertem Nießbrauche auch für das österr. R. bestünde; so Unger VI S. 307 N. 5 und Stubenrauch I S. 844 N. 1; s. dagegen Dernburg Pr. R. I S. 710 N. 11; Hanausek l. c. S. 26 N. 16; Pfaff-Hofmann II S. 519 f.; vgl. Slg. 4681.

[33] Darüber, daſs die „Vererbung" des Nießbrauchs strenge genommen Neubegründung desselben, s. neuestens Pfaff J. Bl. 1889 Nr. 26 S. 302 f. N. 7.

[34] Wenngleich nicht jede Constituierung eines Fruchtgenusses auf bestimmte Zeit dessen Ausdehnung über den (vor

a) Der Quasi-Usufructuar ist bei „Gefahr" (§ 520), und im Falle testamentarischer Zuwendung der Nutzung schlechthin,[35] cautionspflichtig. Nicht so der Darlehensschuldner.[36]

b) Eine Anzahl von besonderen, zum Theile singulären Vorschriften bezüglich des Darlehens können nicht ohne weiteres auf den Nießbrauch bezogen werden;[37] so § 1001, so der Notariatszwang zwischen Ehegatten, so gewisse Specialgesetze betreffend die Rückzahlungsvaluta, auf welche § 986 hinweist.

c) Den Gegenstand des Quasinießbrauchs können auch nicht vertretbare, bezw. unverbrauchbare,[38] desgleichen andere vertretbare Sachen als Geld bilden, der Art, dass seinerzeit ihr beliebig vorausbestimmter[39] oder ihr Schätzwert zur Zeit der Hingabe zurückzuerstatten ist. Dagegen kann ein Gelddarlehen in Sachen der ersteren Gattung überhaupt nicht (§ 991),[40] in Sachen der letzteren nur unter Verpflichtung zur Rückerstattung von ebensoviel derselben Gattung (§ 992), oder allenfalls — bei Wertpapieren — nach ihrem Werte zur Zeit der Hingabe (§ 990)[41] gegeben werden.

Fragt es sich nun im einzelnen Falle, ob Darlehen oder Quasiususfruct vorliege, so kann hier, wie sonst, nur die causa des Geschäftes entscheiden.[42] Soweit aber diese causa in beiden Fällen dieselbe sein sollte, darf umgekehrt behauptet werden, können nicht verschiedene Rechtsnormen für beide in dem Rahmen desselben Rechtssystems

---

dieser Zeit erfolgten, Tod des Usufructuars hinaus in sich begreift. Vgl. Slg. 6027.

35 § 158 Pat. v. 9. August 1854 (Erlass der Caution durch den Erblasser ist zulässig); dazu aber Pfaff-Hofmann II S. 249 N. 39. Der Entw., bei Ofner I S. 313, § 224 hatte wie das gemeine Recht die Sicherstellung zum Essentiale des Quasinießbrauchs erhoben. Das Verlassen dieses Standpunktes ist vielleicht nicht so sehr der Natur des Quasiusufructs entsprechend (Unger VI S. 217 N. 8), welche ein Surrogat für die dingliche Sicherheit des Proprietars eher fordern würde, als durch Zweckmäßigkeitserwägungen erklärt; vgl. Zeiller II S. 359.

36 Diesen Unterschied hebt auch Winiwarter II S. 329 hervor.

37 So im gem. R. das S. C. Macedonianum oder die querela non numeratae pecuniae: s. Gneist Form. Verträge S. 296 ff., Huschke S. 133, Hanausek l. c. S. 163 gegen Windscheid II S. 435 N. 13, auch Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 119 N. 2. — Vgl. im übrigen oben S. 29.

38 Vgl. Hanausek l. c. S. 163. Beispiele bei Bürkel Beiträge S. 8 ff., dazu Dernburg Pr. R. I S. 708 N. 6.

39 Arg. § 1228. Vgl. Hanausek l. c. S. 31 f. — Bei Quasinießbrauch an anderen Fungibilien als Geld ist nicht „tantundem ejusdem generis" zurückzuerstatten, sondern haftet der Usufructuar nur für den Geldwert: § 510; s. Zeiller II S. 339, Stubenrauch I zu § 510 gegen Winiwarter II S. 328. Anders nach Wg. Gb. II § 21, Pr. L. R. I, 21 § 173 (vgl. I, 2 § 121).

40 Vgl. unten § 7.

41 Vgl. unten S. 61 f.

42 S. oben S. 7.

Geltung beanspruchen.[43] Und wirklich, betrachtet man die Bestellung eines Quasiusufructs als einzelnen Rechtsact, die Hingabe also einer Summe vertretbarer Sachen, z. B. von Geld, zur beliebigen Nutzung gegen die Verpflichtung zu seinerzeitiger Rückgabe von ebensoviel derselben Gattung, so läßt sich als causa derselben mit allem Scharfblick nichts anderes entdecken, als der Zweck der Überlassung der zeitweiligen Nutzung eines Capitals d. i. die causa des Darlehens.[44] Die für diese causa statuierten Rechtsregeln müssen daher auch hier befolgt werden; kurz, wo nichts weiter als die vertragsmäßige Einräumung der Nutzung eines einzelnen Capitals vorliegt, da ist das Geschäft ein Darlehen.[45]

Allein die causa des Quasinießbrauchs erschöpft sich eben nicht in der Überlassung „credendi causa" — und darin liegt die Berechtigung der Anerkennung desselben als eigenen Rechtsinstitutes.

a) Bei letztwilliger Zuwendung des Nießbrauchs an einem Capitale steht im Vordergrunde die „causa" der Zuwendung des Eigenthumes an denjenigen, dem nach beendigter Nutznießung das Capital als freies zufällt, also eine Successsion in dieses Capital, mit Rücksicht auf welche das Recht des ersten Erwerbers beschränkt erscheint;[46] und nur die Form der Realisierung dieses Willens führt zu einem Creditverhältnisse zwischen beiden Bedachten, dem Fiduciar und Fideicommissar.[47]

b) Auch bei Zuwendung[48] des Nießbrauchs an einem ganzen

---

[43] Sollte es wirklich, wozu Hanausek S. 164 f. gelangt, „unter Umständen gleichgiltig sein, ob man das Geschäft" so oder so nennt, und damit bald diesen, bald jenen Normen unterwirft?

[44] Vgl. Hanausek l. c. S. 162, Bürkel l. c. S. 41. Die „ökonomische Analogie" zwischen Quasi- und wahrem Nießbrauch, Überlassung des „Gebrauchswerts für die Zeit" (so Keller P. S. 339) läßt sich gerade so gut auf das Darlehen beziehen. — Unverständlich ist die Abgrenzung bei Huschke S. 13.

[45] So weit hatte die ältere Theorie (s. Glück IX S. 411 f.) also Recht; während Swoboda in Haimerl's Vierteljschr. VIII S. 131 ein „nach den Regeln über den Fruchtgenuss zu beurtheilendes Darlehen" annimmt.

[46] Im a. b. Gb. findet dieser Gedanke berechtigten Ausdruck durch die Gleichstellung der fideicommissarischen Substitution mit dem Nießbrauche, wobei nach § 613 dem Fiduciar „das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers" zukommt, ein „causales Eigenthum" im Sinne von Karlowa Grünhut's Ztschr. XVI S. 421; vgl. schon Neuner Wes. u. Art. d. Rechtsverh. S. 62. Vollkommen überzeugend scheint mir daher die weitere Verfolgung dieses Gedankens bei Beleuchtung des gesetzlichen Nießbrauches des überlebenden Ehegatten (§ 757) durch Pfaff-Hofmann II S. 743.

[47] Zu weit geht Karlowa l. c. S. 422 f., wenn er das „creditum" im Quasiusufruct leugnet.

[48] Auch unter Lebenden kann immerhin ein Nießbrauch an einem Vermögen begründet werden, allerdings unentgelt-

Vermögen handelt es sich nicht wie bei Darlehen um die Überlassung eines abstracten Capitals, sondern um die Nutzung eines Inbegriffs von Gütern, deren Nutzung und Bewirtschaftung vorläufig einer Person gewährt, welcher aber in seiner Individualität für eine andere erhalten bleiben soll. Nur soweit die Natur einzelner Bestandtheile dieses Vermögens das mit sich bringt, muss deren Consumtion und späterer Ersatz ihres Wertes dem Nutznießer gestattet sein — wieder eine eigenartige causa, die nur zu einem „credere" führt, aber deren Wesen nicht darin aufgeht.[49]

In Wahrheit sind die zu a) und b) genannten Fälle des Quasinießbrauchs wohl die einzigen, die im Leben vorkommen,[50] und für diese Fälle sind die von dem Rechte des Darlehens abweichenden Sätze, welche oben erwähnt sind, auch innerlich gerechtfertigt.[51]

Zusatz. Die Ähnlichkeit zwischen **Quasinießbrauch** an Geld und Darlehen ist, besonders in der älteren Literatur, vielfach bemerkt. Allein zumeist begnügt man sich mit ihrer Erwähnung,[52] oder einer ganz äußerlichen Aufzählung der Punkte, in welchen für das eine und das andere Verhältnis verschiedene Rechtssätze gelten,[53] ja, es hat nicht an Stimmen gefehlt, welche jede Unterscheidung leugneten.[54] Schärfer hat in neuerer Zeit Hanausek, Lehre v. uneigentl. Nießbr. (1879) S. 161 ff. das Problem erfasst, gleichwohl, wie mir scheint, ohne recht befriedigendes Resultat. — Es handelt sich dabei um zwei Fragen: 1. Als feststehend vorausgesetzt, dass ein concretes Rechtsverhältnis Darlehen, oder dass es Nießbrauch ist, ergeben sich, und welche, Verschiedenheiten der Rechtsnormen? 2. Wann liegt in concreto das eine oder das andere Verhältnis vor? — Die erste Frage ist oben im Texte dahin beantwortet, dass gewisse, zum Theil zwingende, Normen nur für das Darlehen, andere nur für den Nießbrauch bestehen. Darnach möchte vielleicht zunächst gesagt werden, das betreffende Rechtsgeschäft sei nach dem einen oder den anderen zu behandeln, also als Darlehen oder als Nutznießung, je nachdem es nach diesen oder jenen zu Recht bestehen könne (arg.

---

lich nur mit der Beschränkung des § 944; vgl. Unger d. sächs. Entw. S. 269.

[49] Vgl. oben S. 27 zu b. S. auch Roth bayr. Civilr. II S. 257 bes. N. 9.

[50] Dass „A dem B einen Quasinießbrauch an 1000 Thalern bestellt" (Hanausek l. c. S. 163), wird kaum vorkommen. Vgl. jetzt Ihering Besitzwille S. 140; s. auch Dankwardt l. c. II S. 24 f. bes. N. 74.

[51] Anders natürlich im Falle beabsichtigter fraudatio legis; vgl. unten S. 54.

[52] Z. B. Koch Lehrb. d. preuß. Pr. R. (3. Aufl.) S. 542 f., aber auch Wächter P. II S. 234.

[53] So Glück IX S. 413, Sintenis I S. 559 N. 50, Held, usfr. ear. rer. (1848) S. 34 ff., Windscheid II S. 329. So auch die Dissertation von C. Frank üb. d. uneig. Nießbr. (1889) S. 9 ff. Dass mit der Hervorhebung der Verschiedenheit der Rechtsfolgen in solchen Fällen nichts geholfen ist, bemerkt richtig Niemeyer, depos. irregul. (1889) S. 109 N. 18.

[54] S. die Citt. bei Glück IX S. 412.

§ 914 a. E.). So, könnte z. B. entschieden werden, sei Rückgabe des übergebenen Capitals in klingender Münze bedungen, so könne das nur als Darlehen gemeint sein (s. oben S. 51 zu b), andererseits müsse Quasiususfruct gewollt sein, wo die Rückstellung von anderen Fungibilien als Geld in Geld verabredet sei (S. 51 zu c). Allein, abgesehen davon, dass die Parteien ihre Absicht nicht durch Abzirkelung der Rechtsfolgen ihres Geschäfts bestimmen, von welchen sie oft genug keine Ahnung haben;[55] wo zwingendes Recht für das eine Rechtsgeschäft gilt, kann man sich demselben nicht entziehen[56] durch Wahl eines dem Namen nach anderen, welchem aber ganz derselbe Zweck zugrunde liegt. So kann z. B. zwischen Ehegatten der Notariatszwang nicht umgangen werden durch Creditierung in Gestalt eines Quasinießbrauchs (S. 51 zu b); ebenso würde die Vorschrift des § 991 zu leerem Schall, wenn unter dem Titel des Fruchtgenusses „Waren" unter beliebiger Schätzung zur Nutzung überlassen werden könnten. Versagt demnach der Schluss von den Rechtswirkungen auf das Rechtsverhältnis, so kann die Unterscheidung wieder nur in der verschiedenen causa gesucht werden,[57] als deren Folge vielmehr sich die Geltung verschiedener Rechtssätze ergibt. Eine, von der des Darlehens geschiedene, eigenartige causa der Bestellung eines Quasiususfructs nun ist, wie im Texte sich ergab, allerdings unerfindlich, wenn man diese Bestellung in doctrinärer Abstraction auffasst (Überlassung von 100 fl. zu Nießbrauch und Darlehen von 100 fl., rückzahlbar beim Tode des Schuldners, sind wahrhaft identische Geschäfte); wohl aber gibt es eine solche, wenn man auf die Fälle des Textes sieht, die im Leben wirklich vorkommen. Vielleicht lässt sich somit der Gegensatz in folgender Weise näher bestimmen: Das Darlehen hat zum Gegenstand ein „Capital" — wenn anders dies der richtige Ausdruck dafür ist, dass es sich für den Geber wie den Nehmer um einen Complex von Gütern handelt, die, nur dem Werte nach gemessen, im höchsten Grade „vertretbar" sind, so dass die zufällige Form der rechtlichen Macht über diesen Wert völlig gleichgiltig ist.[58] Der Gegenstand des Nießbrauchs ist ein individuelles „Vermögen",[59] der Inbegriff bestimmter einem Subjecte rechtlich zugehöriger „bona".[60] In dieser ihrer Individualität sind sie

[55] Vgl. oben § 1 N. 33. Allenfalls findet in der Bezeichnung als Nießbrauch die Parteiabsicht Ausdruck, dass das Verhältnis bis zum Tode des Empfängers gelten solle. Dass aber darin kein ausschließender Gegensatz zum Darlehen liege, s. oben S. 50.

[56] Im Wesen des jus cogens liegt es, dass es zur Anwendung kommen muss, wo die causa vorliegt, die es treffen will, gleichviel unter welchem Namen, also auch wo nicht geradezu fraudatio legis beabsichtigt ist. Vgl. dagegen oben N. 51.

[57] Vgl. Einleitung S. 7.

[58] S. oben § 2 Zus. 2.

[59] Ob und in wie weit auch die Nationalökonomie diesen Gegensatz von „Capital" und „Vermögen", anzunehmen hat (vgl. Menger Jahrb. f. Nat. u. Statist. N. F. XVII S. 39 N. 3, S. 46), darauf kann hier nicht eingegangen werden.

[60] Nicht zufällig also ist es, dass das bekannte S. C., welches in Rom zuerst einen Quasiususfruct ermöglichte (L. 1 D. de usufr. car. rer. 7, 5), vom Nießbrauch am gesammten „patrimo-

zu erhalten, trotz der vorübergehenden Nutzung durch einen anderen. Nur so weit die Wirtschaft gewisse Bestandtheile — „die verbrauchlichen Güter“ [61] — dieses Vermögens verzehren oder veräußern muſs, muſs dies Recht auch dem Nutznießer zustehen,[62] soferne er nur „wirtschaftlich“ consumiert, d. i. deren Wert dem Vermögen ersetzt,[63] und insoweit führt diese causa nothwendig zu einem „credere“, wie bei dem Darlehen. Wo jedoch jener Hintergrund einer Vermögensindividualität fehlt, da geht die Überlassung der Nutzung von Fungibilien, der sog. Quasiususfruct, in der That auf in dem Begriffe des Darlehens. — Sehr gut paſst zu diesem Gedanken die besondere Art des Nießbrauches, welche § 510 a. E., sowie die meisten modernen Gesetze,[64] anerkennt, der Fruchtgenuſs eines „bereits anliegenden Capitals“. Trotz Vertretbarkeit des Objects bleibt hier die individuelle Form der Nutzung, welche der Eigenthümer demselben gegeben hat, auch für den Nutznießer bindend, ein „verus ususfructus“ am „Capitale“, während eine analoge Beschränkung im Gebiete des Darlehens schlechthin undenkbar wäre.

§ 6.

4. Unregelmäßiges Depositum.

Das Verhältnis der sogenannten „irregulären“ Verträge zum Darlehen ist bei Besprechung der ersteren klar zu machen.[1] Hier soll der Verlauf der Grenzlinie nur angedeutet sein.[2]

---

nium“ ausgieng. Vgl. auch Krainz II 2 S. 113.

[61] Für den Quasinießbrauch steht die „Verbrauchbarkeit“ in erster Linie: Karlowa l. c. S. 423. Anders Held l. c. S. 35.

[62] Nebenbei bemerkt, ergibt sich schon daraus, daſs der Erbschaftsnießbrauch (auch im Falle des § 757) die einzelnen Objecte in natura erfaſst, und sich nicht auf den Wert des Vermögens oder der Quote bezieht. So richtig Pfaff-Hofmann II S. 748, Swoboda l. c. S. 131. A. M. Unger VI S. 145 N. 12, S. 306 N. 4.

[63] Der Usufructuar hat daher (§ 510) nicht tantundem ejusdem generis, sondern nur den Wert zurückzuerstatten.

[64] S. beſ. Pr. L. R. I, 21 § 101 ff. Auch der D. Entw. § 1033 f. normiert diesen Fall, aber doch wohl ausführlicher als nöthig wäre (vgl. dazu Koch Geld u. Wertpap. in Bekker u. Fischer Beiträge z. Erl. d. Entw. S. 46 f.); fraglich ist besonders die Auffassung des Verhältnisses zwischen Proprietar und Nutznießer als „gemeinschaftsartig“ (Mot. III S. 553). — Daſs nicht der Nutznießer allein die Forderung kündigen kann, ergibt sich aus der Natur der Sache auch bei einer einfachen Norm nach Art unseres § 510 (vgl. sächs. Gb. § 627); ebenso auch, daſs der Proprietar durch die Einziehung der Forderung das Recht des ersteren nicht schmälern darf. Ob es sich aber empfiehlt, mit Rücksicht darauf dem Schuldner die Verweigerung der Zahlung zu gestatten, möchte sich wohl nur nach den Umständen des concreten Falles entscheiden lassen (vgl. die Entscheidung Slg. 10299).

[1] S. unten Cap. 3 und III. Abschn. Cap. 4 u. 5.

[2] Von dem Begriffe der „Irregularität“ auszugehen und auf Grund dessen für alle irreguläre Obligationsverhältnisse Bedeutung und Stellung im Rechtssysteme gewinnen zu wollen, wäre müßiges Beginnen. So freilich Mühlhäuser depos. irreg. (1879) S. 1 ff.; dagegen mit Recht Niemeyer depos. irreg. (1889) S. 1 f., Löwenfeld Krit. Vierteljhrschr. XXII S. 312. Jedenfalls hat die Bezeichnung als irregulärer Pfand-Hinterlegungsvertrag u. dgl. einen Sinn nur, wenn man damit sagen will — und darf —, daſs das Geschäft mit dem

Zunächst gegenüber dem depositum irregulare. Obgleich die fast schon verschollen gewesene Lehre,[3] dass dasselbe ein Darlehen sei, neuestens wieder Vertheidiger[4] gefunden hat, wird es doch wahr bleiben, dass im Leben „Hinterlegen" und „Leihen" als verschiedene Dinge gelten. Und auch wer „irregulär" deponiert, will das erstere, nicht das letztere.[5] Die nächste causa des Geschäfts[6] bleibt die Übergabe und Übernahme „in Obsorge" (§ 957), nicht die Gebrauchsüberlassung, „custodia", nicht „utendum dare". Wenn der Hinterleger wegen der Vertretbarkeit[7] des übergebenen Gegenstandes Rückstellung nicht von idem, sondern von tantundem fordert, so ändert dies nichts an dem Zwecke der Hingabe, obgleich es den Erfolg hat, dem Empfänger die Möglichkeit der beliebigen Verfügung über die erhaltenen Stücke zu gewähren. Kurz, das „Creditieren", welches den unmittelbaren Zweck des Darlehens ausmacht, ist hier nur mittelbare Wirkung des Geschäfts.[8] Ja, die „Obsorge" über Geldsummen kann selbst die „Fructificierung" derselben umfassen,[9] und dann verzinst der „Depositar" sogar das

„regulären" das wesentliche Moment gemein hat, d. i. aber die causa, nicht, wie Mühlhäuser l. c. sich im Zirkel bewegend sagt, die „essentialia negotii". Damit ist aber auch gesagt, dass nur für jeden einzelnen dieser „irregulären" Fälle unsere Frage gelöst werden kann. Vgl. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherstellung S. 44. — Ihr gemeinsamer Berührungspunkt mit dem Darlehen liegt darin, dass sie, ohne die „causa credendi" zum nächsten Zweck zu haben, doch Creditgeschäfte sind; s. oben S. 27 b; vgl. Hanausek l. c. S. 164, Jhering Zweck I S. 169, Halpert Jur. Natur d. Vertretungssachen (1888) S. 36 f.

[3] Selbst gegenüber positiven Gesetzen (s. die Zusammenstellung bei Niemeyer l. c. S. 158 ff.), welche das depos. irreg. übergehen, ist bisher seine Geltung aufrechterhalten worden; s. für das österr. R. nur Pfaff l. c. S. 39 N. 83, für das preußische Dernburg Pr R. II S. 647.

[4] Niemeyer l. c. (s. auch Cosack Handelsr. S. 200.) Auch der D. Entw. § 618 (Mot. II S. 576 f.) steht auf diesem Standpunkte.

[5] S. Dernburg P. II S. 242; Unger revid. Entw. S. 93.

[6] Vgl. oben § 3 N. 5 und unten N. 8.

[7] Hierin ein nicht praktisch, aber für die Theorie merklicher Unterschied gegenüber Darlehen und Quasinießbrauch, wo in erster Linie die Verbrauchbarkeit des Objects dem Geschäfte seinen Charakter gibt. Vgl. Halpert l. c. S. 23 N. 27 und oben § 2 N. 14 und § 5 N. 61. Nicht richtig wohl Niemeyer l. c. S. 105, besser aber S. 3.

[8] Dass der Hinterleger diesen Erfolg kennt, ja dass derselbe eines der Motive zum Geschäfte für ihn sein kann, soll nicht geleugnet werden, ändert aber an dem Verhältnisse nichts. Dass man eben deshalb nicht, wie zumeist geschieht, darnach scheiden kann, ob der Vertrag im „Interesse" des Gebers oder Nehmers geschlossen wird, oder (so Endemann Ztschr. f. Handelsr. IV S. 63 f.) von welchem von beiden die Nachfrage ausgehe (die Bank sucht Kunden, die ihr Depots geben, der „Geldgeber" von Beruf sucht Clienten, denen er leihen kann!) ist bereits oben § 3 N. 5 bemerkt. Mehr darüber in der Lehre vom Depositengeschäfte.

[9] Über die Grenze, die hier gegen das Mandat zu ziehen, s. II Abschn. Cap. 1.

Depot. Allein damit entrichtet er nicht, wie der Darlehensschuldner, den Preis für den ihm geleisteten Dienst, sondern damit übernimmt er die Pflicht, das Capital seines Deponenten — auf eigene Gefahr — zinstragend zu machen. „Obsorge" bleibt die causa des Geschäfts, eine Dienstleistung von seiner Seite. Das zeigt sich deutlich darin, dass er nicht die üblichen Darlehenszinsen entrichtet, sondern nur so viel, als ihm die hinterlegte Summe bei fortdauernder Bereitschaft zur Rückzahlung abwerfen kann, vorbehaltlich eines Theiles auch davon als Entgelt für seine Mühewaltung. Damit sind denn auch die äußeren Kriterien[10] für die Unterscheidung des Depositum von Darlehen gegeben: niedriger Zinsfuß und Rückzahlung auf jedesmaliges Verlangen, oder ganz kurze Kündigung.

Solchem Gegensatze in den Geschäftszwecken muss auch das Recht Rechnung tragen.[11]

5. Irreguläre Mietverträge

scheiden sich vom unverzinslichen Darlehen schon durch ihre synallagmatische Natur. Allein auch dem verzinslichen Darlehen gegenüber ist

a) die Verschiedenheit der Geschäftscausa bei der (irregulären) Dienstmiete[12] (locatio conductio operis) sofort klar: Austausch von Arbeit, nicht von Capital, gegen Geld (Lohn).[13] Dagegen scheint

[10] „Das Gesetz stellt Präsumtionen, der Jurist Kriterien auf": Jhering Besitzwille S. 192 N. 1.

[11] Der Hingabe zum Zwecke der Verwahrung („Obsorge") thut man Gewalt an, wenn man sie als Darlehen bezeichnet und infolgedessen positive Vorschriften für das letztere anwendet — etwa § 1001; vgl. den Fall in Slg. 1608; Huschke S. 133, Mühlhäuser l. c. S. 53 f. — statt der Normen des Depositums, etwa § 962 a. E. oder § 969 (man denke an die vom Bankier zu fordernde Provision) oder auch § 1440 (Ausschluss der Compensation: Unger Grünhut's Ztschr. XV S. 549 N. 20, Pfaff l. c. S. 43 N. 91). Fügt man aber hinzu, bei einem derartigen Darlehensvertrage sei „im Zweifel anzunehmen", dass „die Parteien beabsichtigten", gewisse für den Hinterlegungsvertrag geltende Grundsätze eintreten zu lassen (so D. Mot. II S. 577, Entw. § 618 Al. 2), so ist dies Selbsttäuschung: die Parteien werden sich über die einzelnen Rechtsfolgen selten Gedanken gemacht haben. Der Gesetzgeber aber anerkennt mit jenem Zusatze, dass eben die causa depositi vorliege und er deshalb die für dieses Geschäftszweck von ihm aufgestellten Normen gelten lassen müsse! — Abgesehen übrigens von alledem: die verschiedene Parteiabsicht lässt sich nicht abweisen; oder wird man etwa behaupten, der Mandatar, welcher Vollmacht zur „Depositen"-Annahme hat, sei auch zur Darlehensaufnahme befugt und umgekehrt?

[12] Vgl. Windscheid II § 401 N. 12.

[13] Der Zweck des Geschäftes bleibt Transport oder Verarbeitung u. dgl. trotz der „creditierungsweisen" Hingabe des Objects; vgl. Puntschart Fundamentale Rechtsverh. S. 468, Jhering Dogm. Jahrb. IV S. 403 N. 43. Nicht bloß die Abhängigmachung der Rückgabe „von einem zukünftigen Umstande" macht den Unterschied vom Darlehen aus, wie Huschke S. 13 meint; noch weniger ist da „die Darlehenshingabe im Dienste eines anderen Geschäfts" (ebd. S. 22).

b) die Gränze gegen die (irreguläre) Sachmiete[14] nicht so scharf. Denkt man unter diesem Namen, u. zw. als isoliertes, ein Geschäft, durch welches der Gebrauch von vertretbaren Sachen gegen Entgelt auf gewisse Zeit derart überlassen wird, dass nur ebenso viele Stücke derselben Gattung zurückzustellen sind, so liegt völlig die causa des Darlehens vor.[15] Die Normen des Darlehens sind daher maßgebend, vor allen die zwingenden Gesetze.[16] So § 991, § 992: Eine Vereinbarung, nach welcher, ohne Rücksicht auf mittlerweilige Wertveränderungen, eventuell eine voraus bestimmte Schätzungssumme zurückzuzahlen wäre,[17] erscheint unzulässig. Nur mit dieser Einschränkung könnte also nach österr. Recht der sog. contractus socidae als selbständiges Rechtsgeschäft gelten.

Anders, wenn diese Vereinbarung nur Bestandtheil eines Geschäftes ist, dem die causa, nicht des Darlehens,[18] sondern einer wirklichen Sachmiete zugrunde liegt, wenn also etwa in einem Pachtvertrage das Gutsinventar oder der Viehstand („Eisernvieh") zu fester Schätzung mit überlassen ist. Hier ist für die Anwendung von Darlehensgrundsätzen kein Raum.[19]

Zusatz

6. Die **Barcaution**[20] (pignus irregulare).

Die Verschiedenheit der causa von der des Darlehens ist hier augenfällig. „Nicht darum handelt es sich in erster Linie, den Genuss des Capitals . . ., sondern ganz wesentlich darum, dem Empfänger pfandrechtliche Sicherheit zu verschaffen".[21] Zu einem

---

[14] Vgl. Windscheid II § 400 N. 22; über die verschiedenen Varianten des sog. contractus socidae besonders Sintenis II § 118 N. 15.

[15] Vgl. Adler Ztschr. f. Handelsr. XXXV S. 426. Die Miete, wie das Darlehen, gehen auf zeitliche Überlassung des Gebrauches; wird nun in ersterer das Object als vertretbar gesetzt, so ist auch schon das Merkmal gegeben, durch welches allein das Darlehen sich von jener abhebt. Selbst nach der Begriffsbestimmung des Gesetzbuchs (§ 1090) unterscheidet sich der Mietvertrag nur durch den „unverbrauchbaren" Gegenstand. Vgl. Zeiller III S. 398. —

[16] Vgl. oben § 5 N. 56.

[17] In dem gleichfalls zur „locatio conductio irregularis" zählenden Falle (Sintenis l. c.), wo die unter Taxation hingegebene Sache in specie oder deren Wert zu restituieren ist, handelt es sich nicht um Abgrenzung gegen das Darlehen, sondern gegen den Kauf; vgl. Windscheid l. c.

[18] Ebenso bei Hingabe dotis causa: § 1228. — Selbstverständlich kann in diesen sowie in den in N. 17 erwähnten Fällen eine Simulation vorliegen, die wahre Absicht aber Darlehensgewährung sein.

[19] Mit Recht enthält sich nach allem Gesagten der deutsche Entw. specieller Normierung des „Eisernviehvertrages" und erwähnt nur (§ 544) der im Pachtvertrage inbegriffenen locatio irregularis des Gutsinventars; s. Mot. II S. 442 f.

[20] Die Geldcaution darf wohl als Musterfall des pignus irregulare vorausgesetzt werden; s. Pfaff l. c. S. 9.

[21] Pfaff l. c. S. 41, vgl. S. 12, 19; Dernburg Pr. R. I S. 920 f., II S. 498.

Creditverhältnisse — nicht einem Darlehen — führt dem Erfolge nach[22] auch hier nur der Umstand, dass bei der Vertretbarkeit[23] des zur Sicherung gegebenen Objects der Cautionsleger nur Rückstellung in genere beansprucht. Und wenn der Gläubiger Zinsen von der Cautionssumme abführt, so liegt darin nur der Ausdruck dafür, dass der Pfandbesitzer nach allgemeiner Regel keinen Anspruch auf Genuss der Pfandsache hat,[24] nicht aber Preiszahlung für die ihm überlassene Nutzung, wie bei verzinslichem Darlehen.

Zusatz. Wenn in der Theorie, und besonders in der Judicatur unserer Gerichte, die **Barcaution** gar oft geradezu als Darlehen erklärt wird,[25] so liegt, nach dem oben Gesagten, der Grund dieser Verwechselung kaum in der Schwierigkeit, die causa der Cautionsleistung von der des Darlehensgeschäftes zu unterscheiden.[26] Auch die praktischen Folgen der verschiedenen Auffassungen sind nicht gut zu übersehen.[27] In Wahrheit hat wohl nur die Verlegenheit, in welche man mit der Construction dieses eigenartigen „unregelmäßigen" Pfandverhältnisses gerieth,[28] zu dem schlechten Auskunftsmittel geführt, dasselbe als Darlehen zu behandeln. Durch einen doppelten Fehler kam man dazu. Man hatte 1. gegenüber § 459 und § 1371 nicht den Muth, die Cautionsbestellung als „Pfandvertrag" im Sinne des § 1368 gelten zu lassen,[29] daher fehlte die Contractsklage (actio pigneraticia) auf Rückstellung der Caution. 2. Wählte man einmal diesen Standpunkt, so war, nach beendigtem Obligationsverhältnis, jedenfalls die condictio ob causam finitam (§ 1435)[30] bezüglich der erlegten Summe zu geben. Allein, wie so oft, identificierte

---

[22] Vgl. oben bei N. 8.

[23] S. oben N. 7.

[24] Und dass der Zinsenertrag einer Geldsumme in den heutigen Verhältnissen schon als normaler Fruchtgewinn erscheint. Der Cautionsempfänger zahlt daher — im Gegensatze zum Depositar (s. oben S. 57) — den vollen Zinsfuß.

[25] S. z. B. die oberstger. Entsch. Slg. 2894, die der 2. Instanz Slg. 271. Besser schon, wenn zwar kein Pfandvertrag angenommen, aber auch nicht der Name Darlehen gegeben wird, wie in den oberstger. Urtheilen Slg. 271, 2103; die richtige Auffassung Slg. 1017, 3107, 3905. Vgl. Pfaff l. c. S. 38, bes. die treffende Bemerkung N. 78 (doch spricht er selbst S. 42 von „darlehensartiger" Forderung), Krainz II, 2 S. 115. — Eine Combination von Darlehen und Pfand versucht Neuda G. Z. 1860 Nr. 121.

[26] An der Anerkennung des Parteiwillens fehlt es auch seitens der Gerichte nicht; s. nur Pfaff l. c. S. 35 N. 71. — Weit feiner verläuft die Grenze zwischen dem irregulären Pfandrecht und dem „Vorschuss" (vgl. oben § 5 Z. 1, bes. das. N. 7; Pfaff l. c. S. 7 f.) sowie gewissen „Depotgeschäften" (worüber unten Cap. 3).

[27] S. die oben S. 51 zusammengestellten Punkte. Vgl. Pfaff l. c. S. 42 N. 87; E. v. 26. Mai 1859 G. H. Nr. 26.

[28] Das a. b. Gb. erwähnt das Verhältnis nicht. Über andere Gesetze s. Pfaff l. c. S. 5.

[29] S. die citt. Entscheidungen Slg. 271, 2894 (welch' letztere die Caution zunächst als Depot und wegen § 959 als in ein Darlehen verwandelt betrachtet!). — Die verschiedenen Ansichten der neueren Literatur gehen nur bez. der Construction auseinander, nicht bez. der Qualification der Caution als Pfandverhältnis, s. Windscheid I § 226 a N. 2.

[30] Vgl. Pfaff l. c. S. 41 N. 86.

man nun jedes aus einer datio ob causam entstandene Creditverhältnis mit dem Darlehen,[31] und so schien der Rückforderungsanspruch des Cautionslegers nur unter dem Titel des Darlehens begründet.

II.

Gegenstände (Arten) des Darlehens.

§ 7.

Das a. b. Gb. unterscheidet nach dessen „Gegenstand“[1] zwei „Arten“ des Darlehens (§ 984): „Gelddarlehen“ und Darlehen in „anderen verbrauchbaren (vertretbaren) Sachen“. Unter „Gegenstand“ ist dabei zunächst das zu Darlehen „Gegebene“ verstanden (vgl. § 992, § 1001),[2] insoferne jedoch begrifflich die Zurückgabe gleichartig sein soll mit der Hingabe (§ 983), ist damit auch der Gegenstand der Darlehensschuld[3] bezeichnet. Dennoch deckt sich beides nicht nothwendig.

Der Darlehensvertrag setzt Vertretbarkeit des Objects voraus. Denkt man darunter die Eigenschaft von Sachen, vermöge deren sie im Verkehre nur als „Gattungsträger“ in Betracht kommen,[4] so ist diese Eigenschaft eine objectiv gegebene.[5] Mag auch im einzelnen Falle der Parteiwille Dinge, welche sonst diesen Charakter nicht haben, in Bezug auf Hin- und Rückgabe als gleichwertig setzen, so sind sie dadurch doch nicht „fungibel“ im Rechtssinne geworden, und eine rechtsgeschäftliche Kategorie, welche diese Eigenschaft voraussetzt, kann auf das Verhältnis keine Anwendung finden. Deshalb kann es kein Darlehen geben, in welchem vertretbare oder nicht vertretbare Sachen derart gegeben werden, dass — vom Gelde abgesehen — Sachen anderer Gattung, bezw. andere Sachindividuen, zurückzuerstatten wären. Nur von Austausch, nicht von Rückgabe könnte hier die Rede sein.[6] Dies anerkennt § 992. — Allein jede

---

[31] Vgl. oben § 4, II.

[1] § 984 unterscheidet weiter das unentgeltliche „Darlehen (ohne Zinsen)“ vom entgeltlichen, dem „Zinsenvertrag“. Vgl. Zeiller III S. 229.

[2] So wie vom Gegenstande des Tausches (§ 1046) oder der Miete die Rede ist (§ 1092); vgl. auch §§ 878, 880.

[3] Vgl. § 1426: „Gegenstand der getilgten Schuld.“

[4] S. oben S. 20.

[5] Mit Recht betont besonders von Ihering Dogm. Jhrb. IV S. 401; Goldschmidt Handelsr. I, 2 S. 540; Karlowa Grünhut's Ztschr. XVI S. 406, 409 ff. gegen Bekker P. I S. 303 f.

[6] Vgl. oben § 2 N. 18 a. E. D. Mot. II S. 310; etwas anders R. O. H. G. Bd. XX S. 305 f. Vgl. auch Wg. Gb. III § 101.

Sache kann nicht nur als Gattungs-, sondern auch als Wertträger in Betracht kommen, als Erscheinungsform von „Capital".[7] Insoweit ein Geschäft sie als solche auffasst, ist sie „vertretbar" zwar nicht durch Sachen anderer Gattung, aber durch die Geldsumme, welche ihren Wert darstellt. Begrifflich also kann ein Capital, welches in einer bestimmten Geldsumme ausgedrückt ist, auch hingegeben werden in anderer Gestalt[8], und es kann ein „Gelddarlehen", aber auch nur ein solches,[9] „gegeben" werden oder, wie § 985 sagt, zum „Gegenstande" haben andere, innerhalb ihrer Gattung vertretbare oder nicht vertretbare, Sachen.[10] Ob aber als dargeliehen die „Gattungssache" oder das in ihr verkörperte „Capital" gelten soll, dies zu bestimmen ist allerdings Sache des Parteiwillens.[11] Es fragt sich nur, wie weit unser positives Recht diese Consequenzen gezogen hat.

Was kann Gegenstand eines Gelddarlehens sein?

1. Ein Gelddarlehen kann in Geld, u. zw. Metallgeld sowie Papiergeld, inländischem sowie ausländischem, Währungsgeld sowie Verkehrsgeld gegeben werden (§ 985);[12]

2. in „öffentlichen Schuldscheinen (Obligationen)", u. zw. als Repräsentanten ihres Curswerthes zur Zeit des Abschlusses des Darlehensvertrages (§ 990), nicht aber unter Zugrundelegung eines anderen Wertes. Selbstverständlich können solche Papiere

---

[7] S. oben S. 22 ff.

[8] Es handelt sich also nicht um eine bloße „Ausnahme", wie Stubenrauch II S. 334 sagt.

[9] S. oben bei N. 6. — Nicht ganz consequent lässt § 5 Ges. v. 14. Juni 1868 (anders § 993) die Vereinbarung der Rückleistung von Sachen, zwar nicht anderer „Gattung", aber „besserer Beschaffenheit" zu.

[10] Insoferne ist es ganz treffend, wenn das preuß. L. R. I; 11 § 653 (vgl. § 853 das.) das Gelddarlehen als „eigentliches Darlehen" dem „uneigentlichen" (in anderen Sachen) entgegenstellt. Ersteres steht auf der vollen Höhe des Creditverkehres (vgl. Goldschmidt Handelsr. I, 2 S. 1067; Kumpf Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. XI S. 488 ff.). Übrigens ist die Unterscheidung auch nicht „praktisch wertlos" (so Gruchot XII S. 654. XIII S. 297), da gewisse Normen eben nur für die eine oder andere Art gelten. — Über einen, heute nicht mehr geltenden, Unterschied, welchen die Vdg. v. 14. Dec. 1866 R. G. B. 160 gemacht hatte, s. Randa Lehre v. d. Zins. S. 28 N. 65.

[11] Dies anerkennt auch Goldschmidt l. c. S. 541 (anders Halpert l. c. S. 15); insoferne richtig auch Endemann Handelsr. S. 343. Die ältere österreichische Jurisprudenz, welche die erweiterte Auffassung nicht auf die Vertretbarkeit, sondern die Verbrauchbarkeit der Sachen beziehen wollte, konnte dabei freilich zu keinem Resultate gelangen. Vgl. Winiwarter IV S. 181 gegen Schuster Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1835, 1 S. 12, Nippel VII, 1 S. 3 f.

[12] Eine ganz andere Frage ist die nach der Rückzahlungsvaluta bei Gelddarlehen (§§ 986 ff.), s. unten § 17.

auch als fungible Sachen im engeren Sinne geliehen werden, d. i. gegen Rückgabe ebenso vieler Stücke gleicher Gattung (§ 990). Welcher Fall einzutreten habe,[13] ist Auslegungsfrage, im Zweifel
Zusatz 1. wohl der letztgenannte anzunehmen.[14] Als **„öffentliche Schuldscheine"** aber sind auf Inhaber lautende, einen Curswert habende[15] Forderungspapiere zu betrachten, gleichviel im Übrigen, ob sie von Personen des öffentlichen Rechts oder von Privaten ausgegeben sind, sowie, ob sie zinstragend sind oder nicht.[16]

Von anderen Sachen können

a) die vertretbaren zwar Gegenstand eines Darlehens im Sinne des § 992 sein, bei welchem die Rückleistung in gleicher Gattung erfolgt, nicht aber eines „Gelddarlehens";

b) ebensowenig können nicht vertretbare Sachen — insbesondere andere als die oben genannten Wertpapiere[17] — als Gelddarlehen, und da ein Darlehen ersterer Art bei ihnen ihrer Natur nach ausgeschlossen ist, so können sie überhaupt nicht als Darlehen gegeben werden (§ 991).[18] Ein Vertrag dieses Inhaltes ist nich-

---

[13] Eine dritte Alternative (s. die verschiedenen Möglichkeiten bei Goldschmidt Syst. d. Handelsr. im Grundr. S. 159 f.), Vereinbarung der Rückzahlung nach einem anderen Curse, läßt § 990 nicht zu (ebensowenig aber Vereinbarung der Rückgabe anderer Papiere, wie R. O. H. G. XX S. 305 f. annimmt). Es hätten daher in solchem Falle die Rechtsfolgen des § 991 einzutreten. Das Geschäft als giltig zu behandeln, jedoch die Verpflichtung unter Berufung auf § 990 gegen den Willen der Contrahenten auf den Curs des Tages der Hingabe zu fixieren, dafür fehlt es an einem Grund.

[14] Zeiller III S. 250, Unger rev. Entw. S. 76 f.; Krainz II 1 S. 207, Cohn S. 848 f., D. Mot. II S. 309 (anders Sächs. Gb. § 1067). Überflüssig, sich dafür auf Hfdcr. v. 20. Mai 1808, dessen Geltung problematisch ist, zu berufen, wie Winiwarter IV S. 193, Stubenrauch II S. 339; nicht ganz richtig Scheidlein Misc. I S. 51. — Irrig ist es, auf Grund § 990 dem Schuldner (so Kirchstetter S. 482) oder dem Gläubiger (vgl. Slg. 4663) ein Wahlrecht zuzusprechen, wo das nicht ausdrücklich bedungen ist. S. dagegen Scheidlein l. c. S. 49 f., Cohn S. 849.

[15] Damit ist zugleich gesagt, daß nur auf sog. Massen-Emission beruhende Papiere hieher gehören.

[16] In diesem Punkte ist das Hfdcr. v. 20. Mai 1808 J. G. S. 842, welches verzinsliche Darlehen in unverzinslichen öffentlichen Obligationen untersagte, gewiß derogiert durch das a. b. Gb. Ofner II S. 619 f., Scheidlein l. c. S. 52. A. M. Stubenrauch II S. 339; vgl. auch Förster-Eccius II S. 282 N. 29.

[17] Z. B. Wechsel, Check u. s. w., welche das a. b. Gb. bekanntlich ebenso wie Inhaberpapiere als „Schuldscheine" bezeichnet.

[18] Verschieden davon ist die indirecte Valutaverschaffung durch Überlassung von Sachen zum Verkaufe, wovon unten § 10 die Rede sein wird; verschieden von beiden aber der Verkauf von Waren oder Forderungen unter Creditierung des bedungenen Preises, welchem § 991 nicht entgegensteht (s. oben S. 28, 30). Welches Geschäft vorliege, d. i. ob die causa des Darlehens, oder die causa des Kaufes, ist quaestio facti (Cohn S 846, Scheidlein l. c. S. 64), deren Entscheidung selten Schwierigkeiten bereiten dürfte (s. den Fall Slg. 3713).

tig.[19] Hieraus folgt, daſs das Gegebene condiciert,[20] bezw. falls der Gegenstand nicht mehr vorhanden, bei Verschulden des Empfängers Ersatz des erweislichen[21] Schadens, immer aber Herausgabe der Bereicherung[22] gefordert werden kann (§ 991, vgl. § 878).[23] Diese durch § 991 gezogene Schranke muſs auch heute noch als geltendes Recht anerkannt werden. Zusatz 2.

Zusatz 1. Dem nächsten Wortsinne gemäß wären **„öffentliche Schuldscheine"**, welche § 990 den „Privat-Schuldscheinen" (§ 991) entgegenstellt, vom Staate oder in dieser Beziehung ihm gleichgestellten juristischen Personen öffentlichen Rechts ausgegebene Schuldverschreibungen, „Fondsobligationen", wie man früher gerne sagte. Alle anderen, also auch etwa Eisenbahn-Prioritätsobligationen, Pfandbriefe u. s. w. würden zu den „Privatschuldscheinen" zu zählen sein. Kann man wirklich, wie das vielfach geschieht,[24] dabei stehen bleiben? Ein „Gelddarlehen" in Staatsrenten wäre nach § 990 giltig, ein Gelddarlehen z. B. in Eisenbahnprioritäten nach § 991 ungiltig! Es würde heute schwerlich ein einigermaßen genügender Grund für diese Unterscheidung zu finden sein. Aber auch im Sinne der Verfasser des Gesetzbuches fehlte es an einer ratio dafür, die Grenze so zu ziehen. Auf die, zu jener Zeit bekanntlich verbreitete Vorstellung, daſs die vom Staate emittierten Inhaber-Obli-

---

[19] Im § 991 ist dies allerdings nicht so ausdrücklich gesagt wie im Pr. L. R. I; 11 §§ 715 ff.; doch ist es umsomehr zweifellos (Zeiller III S. 251), als die weiteren Vorschriften des § 991 sich schon nach allgemeinen Grundsätzen aus der Nullität der Darlehenshingabe ergeben.

[20] Den praktischen Unterschied zwischen dieser condictio und dem Darlehensanspruch s. oben S. 41 f. Die Vergleichung der Haftung des Empfängers mit der eines Commodatars bei Zeiller l. c. und Stubenrauch II S. 340, trägt nicht zur Klarheit bei.

[21] Schon die in § 991 hervorgehobene Beweislast des Klägers (vgl. § 1298) zeigt, daſs es sich nicht um einen Vertragsanspruch handelt. S. auch Slg. 6370. — Warum schlechthin § 1304 zur Anwendung kommen sollte (so Winiwarter IV S. 195), ist nicht ersichtlich.

[22] Weder der Schaden des Gläubigers, noch die Bereicherung des Schuldners (s. z. B. den Fall Slg. 4663) braucht sich mit dem „Werte zur Zeit des Darlehens" zu decken; es ist also nicht richtig in diesem, wie im Falle des § 990, den Anspruch ein für allemal auf diesen Wert zu stellen; so aber Stubenrauch l. c. und selbst Zeiller III S. 252, dessen Commentar lautet, als ob der Entwurf (Wg. Gb. III § 100, ebenso Pr. L. R. I, 11 § 717) Gesetz geworden wäre (vgl. Ofner II S. 67, 619 f.); richtiger Rippel VII, 1 S. 33 f., Scheidlein l. c. S. 65.

[23] Daſs § 991 nicht, wie § 878, den Bereicherungs- und den Ersatzanspruch sondert, und scheinbar dem Gläubiger schlechthin das Recht auf Schadenersatz zuspricht, erklärt sich wohl so: Immer die Verhinderung von Wucher im Auge, wollte man nicht das Minimum, sondern nur das Maximum des Anspruches des Klägers feststellen, indem man sagte, mehr als seinen, von ihm erwiesenen, Schaden (also die etwa bedungene höhere Summe) könne er keinesfalls fordern. Vgl. Rippel l. c.; Stubenrauch II S. 334 N. 4; Slg. 6370.

[24] So nicht bloß Ältere wie Zeiller III S. 248 (vgl. auch Kuntze Inhaberpap. S. 469 f.), sondern auch Stubenrauch II S. 334, obgleich er die im Folgenden hervorgehobene ratio des Gesetzes anerkennt. Hasenöhrl II S. 26 erwähnt merkwürdiger Weise die Kategorie der „öffentlichen Obligationen" im Sinne des a. b. Gb. nicht.

gationen Geld seien,[25] wird man sich nicht berufen dürfen; denn jene heute aufgegebene Theorie betrachtete auch andere Inhaberpapiere, ja selbst Wechsel, als eine Art Geld, und doch sind gerade die letzteren durch § 991 als „Privatschuldscheine" vom „Gelddarlehen" ausgeschlossen.[26] Der legislatorische Gedanke war vielmehr der[27]: Jedes, in welcher Form immer bedungene, Mehr der Rückzahlung gegenüber dem Werte des als Darlehen wirklich Empfangenen fällt unter den Gesichtspunkt einer Zinsenleistung (§ 993).[28] Wollte nun die Valuta eines Gelddarlehens in anderen Sachen gegeben werden, so läuft der Schuldner stets Gefahr, als Erlös für dieselben thatsächlich nicht so viel einzubringen, als die nominelle Darlehenssumme, und so wucherischer Ausbeutung zum Opfer zu fallen. Daher das Verbot des § 991. Diese Gefahr verschwindet, wenn die Valuta in Papieren gegeben ist, die ohne Schwierigkeit sofort u. zw. zu öffentlich bekanntem Marktpreise zu Geld gemacht werden können, d. i. bei Inhaberpapieren, welche einen Börsencurs haben.[29] Daher die Zulassung der Gelddarlehen in der Form des § 990. Diese, aus der ratio legis gewonnene Auslegung erscheint aber auch dem Wortlaute des § 990 gegenüber als durchaus nicht zu gewagt. Er spricht von „öffentlichen Obligationen", weil zur Zeit seiner Entstehung dies (in Österreich) die einzigen Repräsentanten von auf dem Geldmarkte zu bestimmtem Curse umlaufenden Inhaberpapieren[30] waren. Zum Beweise dessen braucht nur erinnert zu werden, dass — soweit auch seine Anfänge zurückreichen — das Institut der Inhaberpapiere einen neuen Aufschwung erst durch die großen Staatsanleihen des vorigen Jahrhunderts nahm, und die Theorie derselben daher zuerst geradezu als Lehre vom „Verkehr mit Staatspapieren" auftrat.[31] Die Börsen jener Zeit aber wurden geschaffen für den Handel einestheils mit Staatspapieren, anderentheils mit Wechseln;[32] als Inhaberpapiere im Börsenverkehre kamen daher

[25] Vgl. Souchay Arch. f. d. civ. Prax. XIII S. 152 f., Zeiller III S. 231 IV S. 85, auch Savigny Obl. R. II S. 115 f. (S. aber andererseits auch § 680.)

[26] S. freilich die Entscheidung Slg. 1172, welche unter Berufung auf die Einert'sche Wechseltheorie ein Darlehen für giltig erklärt, bei dem die Valuta in einem Wechsel gegeben wurde.

[27] Auch nicht die Absicht der Erhöhung des Credits der vom Staate ausgegebenen Obligationen liegt der Zulassung als Darlehensvaluta zugrunde. Unrichtig daher die Heranziehung der Normen über die Anerkennung der Pupillarsicherheit gewisser Papiere bei Winiwarter IV S. 191 f.

[28] Vgl. oben § 4 N. 5 und unten § 18.

[29] Vgl. Zeiller III S. 248 u. Vorbereit. zur Gesetzkunde II S. 13; Winiwarter IV S. 192. Das oben berufene Hofdecr. v. 20. Mai 1808 sagte ausdrücklich, die Darlehensschuld (im Falle des § 990) betrage den „börsenmäßigen Geldwert".

[30] Ausdrücklich von Inhaberpapieren spricht Pr. L. R. I; 11 § 653, Sächs. Gb. § 1067; während aus den Worten des § 990 allerdings geschlossen werden könnte (Winiwarter IV S. 192 f.), dass auch Namenspapiere nicht ausgeschlossen seien.

[31] Ich erwähne nur die Schriften gleichen Titels von Bender (1825) und Thöl sowie Gönner's „Handel mit Staatspapieren" (1826). S. bes. Bender l. c. S. 1, 5, 7; vgl. Souchay Arch. f. d. civ. Prax. X S. 143 f. und noch Savigny Obl. R. II S. 116 f.

[32] Vgl. Bender Handelsr. I S. 380, Arch. f. d. civ. Prax. XIII S. 155 f.; ferner Pat. v. 14. Aug. 1761 und Pat.

wirklich nur erstere in Betracht,[33] und so konnte das a. b. Gb. im Sinne seiner Zeit ganz wohl den Gegensatz beider Kategorien durch den Gegensatz von „öffentlichen" und „Privatschuldscheinen" charakterisieren[34] (§ 990, § 991). Wir aber sind berechtigt, heute den mit dem zu engen gesetzlichen Ausdruck wirklich gemeinten Gegensatz zu substituieren.[35] — Ob § 990 noch in einer anderen Richtung erweiternd auszulegen sei, so dass „Gelddarlehen" nicht bloß in (Curs habenden) auf den Inhaber lautenden Forderungspapieren („Schuldscheinen", „Obligationen": § 985, § 990), sondern auch anderen derartigen Wertpapieren, z. B. Actien,[36] für zulässig zu erklären wären, ist eine zweifelhafte Frage, welche ich aber angesichts der in diesem Punkte unentwickelten Auffassung unserer Codificatoren zu bejahen kein Bedenken tragen würde.[37]

Zusatz 2. Der tief eingreifende **§ 991** ist zweifellos in das a. b. Gb. nur aus dem Wucherpatent v. 1803 § 8 (vgl. § 3 das.) übernommen.[38] Aus diesem Grunde wird zumeist bezweifelt, dass er heute, nach Abschaffung der Schranken jenes Patentes durch das Ges. v. 14. Juni 1868 R. G. B. 62, noch in Geltung sei.[39] Allein § 6 cit. Ges., welcher eine allgemeine derogatorische Clausel an die Spitze

v. 1. Aug. 1771 §§ V ff. (Sammlung von Beinhauer III S. 513 f. und V S. 110 f.). Noch das Börsenpatent v. 11. Juli 1854 R. G. B. 200 (§ 9) trennt Geschäfte über Wechsel, öffentliche Fondsobligationen und „solche Effecten, welche infolge besonderer Verfügungen ... in dem Courszettel notiert werden dürfen" (vgl. Code de comm. Art. 72).

[33] S. z. B. die Curszettel der Wiener Börse zur Zeit der Entstehung des a. b. Gb., etwa in der „Wiener Zeitung" von 1810; aber noch die Augsburger Curse z. B. in der Augsb. Allg. Zeitung v. 1825; dazu Beilage Nr. 101.

[34] Vgl. Ofner II S. 236 f. (Berathung zu § 1393); während bei Berathung des § 371 (Ofner I S. 248) die Textierung des Wg. Gb. II § 88, welche von „öffentlichen auf den Überbringer lautenden Schuldbriefen" sprach, geändert wurde, weil auch Private Inhaberpapiere ausstellen könnten.

[35] Zur Unterstützung sei noch hinzugefügt: Wörtlich genommen würde § 990 nicht nur Inhaberpapiere des Staates, sondern auch gewöhnliche Schuldscheine des Fiscus oder öffentlicher Fonds umfassen, und doch wird man solche ebensowenig als Darlehensvaluta zulassen wollen wie die Schuldscheine anderer Personen. Andererseits thut der Ausleger selbst dem Worte „öffentliche" Schuldscheine keine Gewalt an, wenn er darin die durch die Börsencirculation gegebene Publicität des Verkehrs bezeichnet findet (vgl. dazu Grünhut in seiner Ztschr. II S. 546).

[36] Wenn diese Unterscheidung überhaupt anzuerkennen, was jetzt Lehmann Zur Theorie d. Wertpapiere S. 39 f. bestreitet.

[37] A. M. die 2. Instanz, Slg. 5932.

[38] S. Zeiller III S. 251 und bei Ofner II S. 65 (S. 70). Vgl. Pr. L. R. I, 11 § 718.

[39] Aus der Praxis s. z. B. Slg. 6320; vgl. Chorinsky der Wucher S. 54, Jaques Wuchergesetzgeb. u. d. Civ.- u. Strafr. S. 57 ff. Als giltig behandelt § 991 Kirchstetter 2. Aufl., s. auch Krainz II 1 S. 207 u. Slg. 6370. In der dieselbe Frage für das preußische Recht betreffenden Controverse (über die Geltung von Pr. L. R. I, 11 §§ 715 ff. nach Abschaffung der alten Wuchergesetze) s. für die hier vertretene Ansicht Gruchot XII S. 701, Hinschius Ztschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege in Preuß. II S. 36 f., Förster-Eccius II S. 295 f., Fischer S. 413; entgegengesetzt Dernburg Pr. R. II S. 501, D. Mot. II S. 308 f.; s. aber jetzt auch Dernburg P. II S. 227. — Das schweiz. Obl. R. Art. 333 hat neuerlich eine § 991 ähnliche Norm aufgenommen.

stellt, nennt noch „insbesondere" die durch das Gesetz aufgehobenen §§ des a. b. Gb., unter diesen aber nicht den § 991 — ein entscheidendes Argument gegen die erwähnte Auffassung und für die im Texte vertretene Ansicht jedenfalls dann, wenn sich zeigen läßt, daß auch die im Gesetze von 1868 aufgestellten Principien dem Satze des § 991 nicht entgegenstehen. Nun aboliert § 4 und § 5 Ges. v. 14. Juni 1868 allerdings gerade die citt. §§ 3 und 8 des Wucherpatentes, indem Vorwegnahme von Zinsen oder die Verabredung, daß eine größere als die hingegebene Summe zurückzuzahlen sei, gestattet wird. Allein für die Norm des § 991 bleibt noch eine andere ratio. So lange das Darlehen Realcontract ist, ist jedes Plus, welches der Schuldner über das wirklich empfangene Capital hinaus zahlt, Zinsenleistung.[40] Für diese besteht heute nicht mehr eine gesetzliche Taxe, aber sie soll doch immer ein durch Vertrag oder Gesetz bestimmtes Maß haben (§ 2 Ges. v. 1868). Bei einer dem § 991 widersprechenden Vereinbarung läßt aber der Vertrag ungewiss, ob und wie viel der Schuldner über die wirkliche Darlehensvaluta hinaus wird zahlen müssen. Deshalb brauchte § 991 nicht mit den Schranken des Wucherpatentes zu fallen.[41] — Am allerwenigsten Berechtigung aber hat die Ansicht, § 991 sei zwar nicht abgeschafft, jedoch heute zur bloßen Dispositivnorm herabgesetzt;[42] denn eine Dispositivnorm, welche nicht über den Inhalt eines Vertrags verfügt, sondern ihn für ungiltig erklärt, falls die Contrahenten nicht ein anderes wollen, ist ein Widerspruch in sich selbst.[43]

III.

Der Abschluss des Darlehensvertrages.

§ 8.

Nachdem oben (§ 4) die innere Einheit der Capitalshingabe (res) und der Einigung über die Rückleistung (consensus) betont ist, müssen und können nunmehr beide Elemente, der obligatorische und der dingliche Vertrag im Abschlusse des Darlehens, für die weitere Untersuchung gesondert werden.[1]

---

[40] S. unten § 18.

[41] Vgl. die Berathungen des Herrenhauses über § 5 Ges. v. 14. Juni 1868 (41. Sitzung der 4. Session), welches davon ausgieng, daß aus dem Begriffe des Realcontractes die Aufrechthaltung der §§ 990, 991 zu folgern sei (s. freilich oben N. 9), dagegen D. Mot. II S. 310.

[42] So Stubenrauch II S. 339 (im Widerspruche damit steht wohl S. 341 N. 1), Kirchstetter 3. Aufl. S. 495 N. 1. S. dagegen Art. 333 schweiz. Obl. R.

[43] Nicht im Widerspruche damit steht es, daß Hypothekarcreditinstitute auf Grund ihrer gesetzlichen Privilegien (vgl. unten S. 186 f.) Darlehensverträge unter Hingabe von Pfandbriefen zum Nominalwerte abschließen. Vgl. Kaserer Ges. m. Material. Bd. XXXIII S. 222.

[1] Es wird sich zeigen, daß die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des einen vorliegen können, während die des anderen fehlen. — Bei dieser Gelegenheit sei bemerkt: Auch die Realobligation kann als Correalschuld-

A. Der (obligatorische) Consens.

1. Eine bestimmte Form ist der Regel nach[2] für den Darlehensvertrag nicht vorgeschrieben. Es genügt somit zu dessen Zustandekommen die Hingabe[3] eines Capitals (Fungibilien) unter ausdrücklicher oder stillschweigender[4] Willenseinigung zwischen Geber und Nehmer über die Überlassung der vollen Nutzung derselben für gewisse Zeit[5] als die causa dieser Zuwendung.[6] Nicht nothwendig daher ausdrückliche Erklärung der Übergabe zu Eigenthum,[7] ebensowenig der Verpflichtung zur Rückleistung[8] oder der Rückleistung in

---

verhältnis (activ oder passiv) begründet werden. Im Wesen der Correalität liegt es, dass dabei — von der Regressfrage abgesehen — gleichgiltig bleibt, ob die „res" (Valuta) allen bezw. von allen correi gemeinsam gegeben ist, oder an bezw. von einem Einzelnen (s. Slg. 53, 7107); es bedarf zur Erklärung nicht erst der Hereinziehung einer angeblichen Stellvertretung eines Correus durch den anderen (Huschke S. 27). Wäre aber der obligatorische Vertrag ungiltig, so dass nur eine Haftung aus dem grundlosen Empfange besteht (s. oben § 4, II), dann steht die condictio sine causa allerdings dem, bezw. gegen den einzelnen Correus zu nur so weit er die Valuta gegeben oder bekommen hat. So hat der oberste Gerichtshof (Slg. 9531, 10850, 11147) in mehreren Fällen erkannt, in welchen aber angesichts § 8 Wuchergesetz v. 28. Mai 1881 gerade ausnahmsweise das Gegentheil richtig sein dürfte.

[2] S. unten §. 12.

[3] Im Folgenden kann von dem einfachsten Falle der Capitalsüberlassung durch Übergabe von Fungibilien, insbes. Geld ausgegangen werden. Im übrigen s. unten B.

[4] Als stillschweigende Erklärung seitens des Gläubigers genügt die Annahme des Schuldscheines, welcher daher vom Gläubiger nicht unterschrieben zu sein braucht (Slg. 6262), es wäre denn schriftlicher Vertragsschluss verabredet gewesen (§ 884; Entsch. v. 27. Jänner 1876, G. H. Nr. 40.)

[5] Vgl. über diese Darlehenscausa oben § 2. Dass der Consens der Parteien Einigung über die causa des Geschäfts, nicht über dessen Rechtsfolgen bedeutet, s. oben § 1 N. 33. Dies gilt hier von dem obligatorischen wie von dem dinglichen Rechtsacte. (Übergabe als Darlehen ist Eigenthumsübergabe, vgl. § 1461). Dabei darf wohl — ohne auf die Frage der causa traditionis eingehen zu wollen — bemerkt sein, dass diese Auffassung dahin drängt, mindestens Consens der Parteien über die causa (Titel) der Übergabe als Voraussetzung des Eigenthumsüberganges zu fordern, wie das neuestens Strohal Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 335 ff. in höchst beachtenswerter Weise vertheidigt. Einen speciellen Fall s. unten S. 75.

[6] Auf diese causa ist daher auch der Beweis der Darlehensklage abzustellen (s. die Erkenntnisse Slg. 11284 und Gruchot XII S. 660). Das qualificierte Geständnis des Geklagten (das Geld erhalten zu haben, aber nicht als Darlehen, sondern z. B. als Schenkung) entbindet somit den Kläger nicht vom Beweise der Darlehenshingabe. Die Praxis (vgl. Gruchot l. c. S. 663) lässt sich noch immer dadurch irre machen, dass „Schenkungen nicht vermuthet werden", und legt daher in derartigen Fällen nicht selten dem Geklagten den Beweis auf; so noch die Erkenntnisse Slg. 3332, 8949, 9487, 10408; richtig Slg. 8379, 10748. Vgl. auch oben § 4 N. 34.

[7] Wo Fungibilien zum „Gebrauche" gegeben werden, ist, so lange nicht das Gegentheil gesagt ist, Rückleistung „in genere" gemeint (Slg. 3476, cf. L. 1 § 2 D. de O. et A. 44, 7).

[8] Ähnliches meint Windscheid II S. 424.

gleicher Gattung und Menge, nicht nöthig endlich die Bezeichnung als „Darlehen".[9]

2. Die subjectiven und objectiven Erfordernisse der Giltigkeit des Consenses sind die allgemeinen. So kann der obligatorische Vertrag wegen wesentlichen Irrthums (relativ) nichtig sein.[10] Als wesentlich wird in aller Regel erscheinen ein Irrthum über die Person des Darlehensnehmers,[11] über die Verpflichtung zur Entrichtung von Zinsen oder deren Höhe,[12] desgleichen über die Darlehenssumme; doch wird in diesem Falle der Vertrag regelmäßig in Ansehung der kleineren Summe gelten, wenn es der Schuldner war, welcher diese voraussetzte.[13] Jedenfalls kommt endlich ein Darlehensvertrag nicht zustande bei Irrthum oder Missverständnis über die causa des Geschäfts, so in dem viel besprochenen Falle, dass der Geber schenken, der Empfänger entleihen wollte.[14] Überall aber hat bei Ungiltigkeit des Darlehens der Empfänger der Valuta mindestens[15]

---

[9] Slg. 2789. Dass häufig „Vorschuss" für „Darlehen" steht s. oben § 5 Z. 1; desgleichen namentlich im Handelsverkehr „deponieren" für „leihen" (vgl. Cohn S. 842).

[10] Zur Lehre vom Irrthume nach österr. R. (§§ 869, 871—877) s. jetzt bes. Krainz I S. 338—345.

[11] Vgl. Dernburg Pr. R. I § 108 N. 11, Zeiller III S. 37, Hasenöhrl I S. 557 N. 10. Immerhin könnte der Irrthum auch einmal unwesentlich erscheinen, etwa wenn derjenige, welcher sein Geld auf eine gewisse Realität als Hypothek „anlegt", über die Person des Eigenthümers (Schuldners) irrte. Unwesentlich wird gewöhnlich (durchaus nicht nothwendig) Irrthum über die Identität des Darleihers sein (bedenklich daher sächs. Gb. § 1075); vgl. Savigny III S. 272 N. i. In L. 32 D. de R. C. (Fall der „condictio Juventiana") liegt Dissens, nicht Irrthum über die Personenidentität vor — s. Zitelmann Irrth. u. Rechtsgeich. S. 559 — deshalb Nullität des Darlehens.

[12] Man kann doch wohl die Zinsen als „Nebenbestimmung" (s. Zeiller III S. 35) ebensowenig betrachten wie den Preis bei einer Miete.

[13] Dabei ist vorausgesetzt, dass der Irrthum auch auf die Hingabe der Valuta sich erstreckt — die Tradition an sich ist stets wirksam bezüglich der kleineren Summe: Exner Rechtserw. d. Trad. S. 271 f. —; soweit ohne Irrthum eine geringere Summe gegeben ist, betrifft der Irrthum über die stipulierte Rückzahlungssumme die Zinsenleistung, ist daher stets wesentlich (s. vorige Note). Übrigens ist der im Texte ausgesprochene Satz nicht ausnahmslos richtig (so, scheint es, z. B. Huschke S. 25); man denke etwa an den Fall, dass der Darleiher entweder sein ganzes Capital bei diesem Schuldner anlegen wollte, oder gar nichts. Vgl. gegen die allgemeine Aufstellung jener Regel, welche auch Hasenöhrl I S. 568, und Krainz I S. 345 annehmen, Zitelmann l. c. S. 605 ff. — Unrichtig ist es jedenfalls, den Irrthum hinsichtlich Summe oder Quantität schlechthin für unwesentlich zu erklären, wie Zeiller III S. 35, Rippel VI S. 57, Winiwarter IV S. 28, Stubenrauch II S. 206, Krainz I S. 342 N. 21; dagegen Hasenöhrl I S. 567 N. 73.

[14] Auf die berühmte Controverse, ob in solchem Falle Eigenthum übergehe (L. 36 D. de acq. dom. 41, 1 und L. 18 D. de R. C.) ist hier nicht einzugehen. Vgl. übrigens oben N. 5.

[15] „Mindestens"; denn einmal tritt — von dem Falle eines Missverständnisses abgesehen (§ 869) — stets nur relative Nichtigkeit ein, der irrende

für Herausgabe seiner Bereicherung zu haften (condictio sine causa).[16]

Der Einfluss der Handlungsunfähigkeit[17] eines der Contrahenten wird unten[18] zu besprechen sein.

3. Auch für die Stellvertretung gelten die allgemeinen Normen.[19] Doch ist wohl zu scheiden zwischen „consensus" und „res";[20] es kann Stellvertretung in Bezug auf beide, aber auch nur eines von beiden vorliegen.[21] Wo z. B. der Stellvertreter namens des Darleihers die Verpflichtungserklärung des Schuldners entgegennimmt, indem er zugleich namens des ersteren dessen Geld als Valuta tradiert, trifft Vertretung im obligatorischen, wie im dinglichen Rechtsgeschäfte zusammen. Aber der Vertreter mag ebenso bei „Abschluss" des Darlehensvertrages im Namen seines Geschäftsherrn das Darlehenscapital aus Eigenem geben;[22] die Eigenthumsübergabe vollzieht er dann im eigenen Namen.[23] In beiden Fällen

---

(Gläubiger oder Schuldner) kann also auch auf dem Vertrage bestehen; sodann können weitergehende Ersatzansprüche begründet sein (§ 869, § 874). Vgl. oben S. 41 f.

16 Nur wenn, bei Dissens über die causa, der Geber Schenkung beabsichtigte, wird auch derjenige, welcher nicht an abstracte Wirkung der Tradition glaubt, mit Ulpian (L. 18 cit.) dem Empfänger exceptio doli gegen die condictio des Gebers gewähren müssen; vgl. Huschke S. 26 und bes. Strohal l. c. S. 369 ff.; offenbar ist dies auch der Gedankengang von Zeiller III S. 36 und Nippel VI S. 58. Wenn Hasenöhrl I S. 575 N. 15 hiegegen bemerkt, bei derartigem Irrthume sei der Vertrag nichtig, so ist das wahr, aber daraus folgt nicht, dass Zeiller's Ansicht l. c. irrig sei.

17 Specielle Beschränkungen im Abschluss von Darlehen s. unten § 13. Ähnliche Normen wie das S. C. Macedonianum kannte noch Wg. Gb. III §§ 261 f. (vgl. Pr. L. R. I, 11 §§ 674 ff.); sie wurden im a. b. Gb. beseitigt; s. die Begründung bei Ofner II S. 64 f.

18 Wegen des Zusammenhanges mit der Wirkung der Valutaübergabe. S. § 9.

19 Während hier im römischen Rechte „singularia quaedam recepta sunt": Ulpian in L. 15 D. de R. C. 12, 1; ähnlich im preußischen Rechte (Pr. L. R. I, 11 §§ 671 ff.; vgl. noch unten N. 25). Allein „es besteht kein Bedürfnis; die Grundsätze über die Stellvertretung, Geschäftsführung ohne Auftrag, die Condictionen genügen": D. Mot. II S. 311. Recht unverständlich ist die Erklärung jener Singularitäten bei Huschke S. 36 f. N. 1; oder bei Brakenhoeft in Haimerl's Vrtljhrschr. V S. 198 N. 7.

20 Nicht zu verwechseln ist Stellvertretung in der Darlehenshingabe und indirecte Hingabe der Valuta, wovon unten § 10. Irrig darin Gruchot XII S. 670 f.

21 So war in dem Falle Slg. 630 der obligatorische Vertrag vom Gläubiger persönlich geschlossen und es handelte sich nur um die Frage, ob die Valuta von seiner Gattin auch in seinem Namen gegeben sei.

22 Dass es — wenn der Consens vorliegt — nur darauf ankommt, dass die „res" auf Rechnung des Gläubigers dem Schuldner zugewendet werde, s. unten §§ 9 und 10.

23 In Bezug auf die „datio" ist er „stiller Stellvertreter"; in dieser Beziehung (s. unten N. 26) vielleicht auch bloßer negotiorum gestor — ist er nur Bevollmächtigter betreffs des obligatorischen Vertrages, so tritt directe Wirkung für den Geschäftsherrn ein.

entsteht die Darlehensobligation zwischen dem Empfänger und dem Auftraggeber, gleichgiltig also, mit wessen Geld der Mandatar die Valuta auszahlt.[24]

Umgekehrt aber: Gibt jemand ohne Vollmacht als Darlehen im eigenen Namen das Geld eines dritten, oder das eigene Geld im Namen eines dritten, so kann für den dritten keine Darlehensforderung entstehen;[25] denn im ersten Falle fehlt es an der Absicht der Führung eines fremden Geschäfts, dem Consense für den dritten, mag auch die „res" dessen Vermögen entnommen sein; im letzteren Falle liegt dieser Wille vor, vermag aber als „stellvertretende negotiorum gestio" für den dritten keine directe Wirkung zu äußern (§ 881).[26] Ebensowenig aber kann die Obligation entstehen in der Person des Gebers selbst,[27] ersteren Falles, weil es an wirksamer Übergabe des Capitales, der res, letzteren Falles, weil es am Gläubigerwillen des Gebers, dem Consense, fehlt. Überall kann nur eine condictio sine causa bezüglich des Hingegebenen[28] in Frage kommen.

[24] Vgl. Gruchot XII S. 679. „Non unde originem habet pecunia, sed qui contraxit . . . requiritur": L. 7 C. si cert. 4, 2.

[25] Wie das bekanntlich (auf Grund L. 9 § 8 D. de R. C. und anderer Stellen) zumeist angenommen wird; s. vor allen Ihering Jhrb. f. Dogm. II S. 87 ff. und Schloßmann Grünhut's Ztschr. IX S. 505 ff. (dagegen Huschke S. 29 ff., S. 40, Dernburg P. II § 86 N. 4). Allerdings würde dann „das Darlehen kaum mehr als Vertragsverhältnis erscheinen": Goldschmidt Jhrb. f. Dogm. XXIV S. 98, auch nicht als Vertrag zu Gunsten eines dritten, wie Mitteis Lehre v. d. Stellvertr. S. 68 sagt. Ähnliche Theorien haben Eingang gefunden in den Hess. Entw. II Art. 134, und den Dresden. Entw. Art. 525; vgl. auch Sächs. Gb. § 1074.

[26] Unbeauftragte Geschäftsführung kann erst durch Ratihabition (§ 1016) directe Wirkung für den dominus negotii erlangen, niemals aber die „stellvertretende negotiorum gestio" (im Sinne von Zimmermann, Stellvertr. neg. gest. S. 136 f.) als solche: § 881. Allerdings faßt man den cit. § 881 („kann niemand für einen anderen ein Versprechen machen oder annehmen") häufig als principielles Verbot des Vertrages zu Gunsten dritter auf (den Gegensatz zwischen beiden Verhältnissen hat Zimmermann l. c. S. 50 ff. trefflich auseinandergesetzt) — s. z. B. Unger Vertr. zu Gunst. dritt. S. 97 ff., Stubenrauch II S. 217 f. (dagegen Steinbach G. Z. 1877 S. 175 f., Hasenöhrl I S. 428, Krainz I S. 98) — läßt sich aber durch ihn nicht, wie man meinen sollte, abhalten, directe Wirkung der negotiorum gestio zu statuieren; s. Slg. 9869, 8229, 6355 und insbesondere 4146.

[27] Anders Sächs. Gb. § 1074.

[28] Die condictio steht im letzten Falle natürlich dem Geber zu. Im ersten Falle hat zunächst der Eigenthümer des Geldes die Eigenthumsklage gegen den Empfänger. Ist aber diese — wegen „Consumtion" des Gegebenen — weggefallen, so wird der Darlehensvertrag zwischen dem Empfänger und dem Geber perfect (s. unten §. 9 Zus.), daher auch hier keine condictio des früheren Eigenthümers, sondern nur Ersatzanspruch desselben gegen den Darlehensgeber; ihm als „Ersatz" durch cessio legis die Darlehensforderung des letzteren aufzudrängen, ist kein Grund vorhanden. So construieren aber auf Grund Pr. L. R. I, 11 §§ 665 ff. Gruchot XII S. 680, Dernburg Pr. R. II S. 500.

§ 9.

B. Die Hingabe des Darlehens (Res).

Für die moderne Verkehrsauffassung besteht die Darlehenscausa in dem Zur-Verfügung-stellen eines „Capitals", ohne Rücksicht auf die concrete Gestalt, in welcher dies geschieht.[1] Daher kann die Darlehenshingabe sich vollziehen nicht nur in der Übergabe des Eigenthums von Fungibilien, welche der Gattung nach zurückzuerstatten sind, sondern auch — innerhalb der gesetzlichen Schranken — durch Übertragung anderer Sachen oder Rechte gegen Rückleistung ihres Geldwerthes, oder endlich auch ohne Übergang einer Sache oder eines Rechts vom Darleiher auf den Entlehner dadurch, dass irgendwie auf Rechnung des ersteren dem letzteren die Nutzung eines Capitals verschafft wird. In den beiden ersteren Fällen kann man von einer directen,[2] im letzteren von indirecter Hingabe des Darlehens sprechen.

1. Die directe Hingabe.

Als directe Capitalsüberlassung erscheint die Übergabe des Eigenthums vertretbarer Sachen, bes. Geld, vom Darleiher an den Entlehner,[3] welche in allen Formen der Tradition erfolgen kann, so namentlich auch durch brevi manu traditio.[4]

Wollte in dieser Weise ein Darlehen gegeben werden, und geht aus irgendwelchem Grunde auf den Empfänger Eigenthum nicht über, so ist der Zweck des Darlehens — Gebrauch verbrauchbarer

---

[1] S. oben § 2, Zus. 1.

[2] Zur „directen Hingabe" rechne ich auch die Hingabe eines „Gelddarlehens" in anderen Sachen, da hier doch immer das, was als „Capital" überlassen werden soll, durch Tradition, Cession, Giro u. dgl. unmittelbar aus dem Eigenthum des Gebers in das des Nehmers übergeht. Inwieweit dies nach österr. R. zulässig ist, s. oben § 7, vgl. unten § 10. — Einigermaßen verwandt mit der Unterscheidung im Texte ist die Entgegenstellung von einfacher und „zusammengesetzter Numeration" bei Heimbach Creditum S. 146 ff.

[3] Von diesem Normalfalle („pecunia proficiscitur": L. 2 § 3 D. de R. C.) gehen auch die römischen Juristen aus. Vgl. Huschke S. 57 N. 2.

[4] So wenn dem Depositar das (als dep. regulare) hinterlegte Geld als Darlehen überlassen wird, oder dem Mandatar das auf den Namen des Geschäftsherrn eingehobene (noch unvermengte) Geld. Darin liegt offenbar noch keine Erweiterung der Darlehenshingabe über das „ex meo tuum fieri" hinaus. Vgl. Windscheid II S. 426 N. 10, Huschke S. 58. Dieser Fall sollte nicht mit dem der „Schuldverwandlung" (unten § 11) verwechselt werden, wie z. B. bei Winiwarter IV S. 180. S. dagegen schon L. 34 pr. D. mand. 17, 1.

Sachen —, welcher Eigenthum des Empfängers erfordert, verfehlt, somit kein Darlehensvertrag zustande gekommen. So z. B. bei Ungiltigkeit der Tradition wegen Irrthums,[5] wegen mangelnder Vollmacht des Vertreters zur Übergabe,[6] wegen Handlungsunfähigkeit einer Partei, oder bei Unwirksamkeit wegen mangelnden Eigenthums des Gebers. Insoweit[7] ist es richtig, dass Eigenthumsübergang Voraussetzung des Darlehens sei.[8] Allein gegenüber der oben gedachten freieren Auffassung der „res" tritt dieser Satz immer mehr zurück.[9] Vor allem kann der Darlehensvertrag perfect werden, wenn die Übergabe der Valuta, obgleich sie an sich Eigenthum zu übertragen nicht vermochte, dennoch thatsächlich denselben wirtschaftlichen Erfolg wie die Eigenthumstradition für den Empfänger hatte, d. i. ihm auf Rechnung des Gebers die Nutzung des Capitals zuführte.[10] In dieser Beziehung kommt hauptsächlich in Betracht:

a) die Hingabe eines Darlehens mit fremden Sachen (bes. fremdem Gelde).[11]

α) Tritt Ermächtigung oder Ratihabition seitens des

---

[5] Irrthum, welcher bloß den Traditionsact berührt, nicht den Consens über die Obligation; vgl. oben § 8 N. 13.

[6] Auch hier Mangel der Vollmacht zur Tradition und zum Vertragsabschlusse zu scheiden (vgl. oben § 8 Z. 3). Nur wenn bloß ersteres vorliegt, kann das Darlehen noch nachträglich (durch Vermengung u. dgl., s. unten) perfect werden; cf. L. 11 § 2 D. de R. C. 12, 1.

[7] Bedenklich aber, den Satz als allgemein giltig hinzustellen, wie Wg. Gb. III § 96, oder, wenngleich in negativer Form D. Entw. § 453 (vgl. Mot. II S. 307), Windscheid II S. 425, Wendt S. 589, Hruza Novat. S. 36, auch Dernburg Pr. R. II S. 498 (viel besser P. II S. 223). S. dagegen Huschke S. 47 f., Schloßmann Grünhut's Ztschr. IX S. 528, 540.

[8] Den Beweis, dass nicht Eigenthum übergegangen sei, hat der Empfänger zu führen; Ihering Geist III S. 76, Besitzwille S. 152 f.

[9] Vgl. bes. Schloßmann l. c. S. 530 ff. Ebendeshalb gehört der Nachweis, dass das Darlehen mit eigenem Gelde gegeben sei, nicht zur Substantiierung der Klage; vgl. D. R. G. XVI S. 287.

[10] Sehr gut handelt darüber Donellus Ad. Tit. de R. C. Nr. 6 (Opera, Ed. Macer. 1832 Tom. X p. 219, 220), Brinz Krit. Vierteljhrschr. XXV S. 196 f., Keller P. S. 566; vgl. Dernburg P. II S. 225, Wendt S 163. Einen gesetzlichen Anhaltspunkt für die These bietet § 1461: wenn die Hingabe zu Darlehen als Ersitzungstitel genannt ist, so folgt daraus, dass das ersessene Eigenthum eben auf Grund der Darlehenscausa dem Empfänger erworben, das Darlehen also dadurch perfect geworden ist. — Im übrigen bilden diese Fälle das gerade Gegenstück zu den Fällen, wo die „datio" zwar nicht Darlehen, aber condictio sine causa begründet: Dort vollwirksame Hingabe, aber mangelnder Consens (s. oben § 4 II), hier giltiger obligatorischer Wille, aber Mangel der „res". Gegen die Verwechselung beider (bes. bei Heimbach l. c. S. 180 ff.) s. Huschke S. 26.

[11] Beispiele in L. 11 § 2 D. de R. C. 12, 1, L. 94 § 1 D. de sol. 46, 3.

Eigenthümers[12] hinzu, so wird dadurch selbstverständlich das Darlehen zwischen Geber und Nehmer des Geldes perfect.

β) Erwirbt der gutgläubige Entlehner durch Ersitzung oder unter den Voraussetzungen der §§ 367 oder 824[13] oder (an Geld) des § 371[14] Eigenthum trotz mangelnden Rechts des Gebers, so ist der Erfolg der Hingabe erreicht, der Darlehensvertrag also begründet. Der bisherige Eigenthümer des Geldes aber kann einen Anspruch nur gegen den Darleiher erheben, sei es auf Grund Delicts, sei es durch Bereicherungsklage.

γ) Anlangend **Vermengung und Consumtion** des Empfangenen ist zu scheiden: Zusatz.

aa) An Geld, Inhaberpapieren und anderen vertretbaren Einzelsachen erwirbt der schlechtgläubige Empfänger erst durch deren Vermengung Eigenthum (§ 371). Erst durch diese convalesciert also das ihm gegebene Darlehen.[15] Diese aber genügt; denn der zwischen den Contrahenten vereinbarte Zweck, der Übergang des gegebenen Capitals in das Vermögen des Entlehners, ist damit erreicht. Mag sein, dass letzterer dem dritten (Eigenthümer des Geldes) aus seinem Verschulden wegen der Vermengung des fremden Gutes haftet;[16] allein dies beruht nicht auf dem Mangel in der Hingabe des Darlehens, sondern auf dem selbständigen Rechtsgrunde seines eigenen Delicts. Deshalb kann er sich seinem Geschäftsgenossen gegenüber darauf nicht berufen.[17] Der Ersatzanspruch des dritten gegen ihn concurriert daher mit dessen etwaigem Delictsanspruche gegen den Geber des Geldes. Ist aber ein solcher nicht begründet, so kann ein Bereicherungsanspruch des dritten auch hier nur gegen den Darleiher, nicht gegen den Entlehner sich richten.[18]

---

[12] Verschieden davon ist die Bevollmächtigung zur Hingabe als Darlehen im Namen des Eigenthümers, wovon oben § 8 die Rede war.

[13] Mit Rücksicht auf die weitergehenden Sätze des § 371 kommen hier natürlich nur andere Sachen als Geld in Betracht. Vgl. Huschke S. 46; Winiwarter IV S. 181 f.

[14] Bezw. Art. 306 H. G. B. Vgl. Randa Eigenthumsrecht I S. 312.

[15] Vgl. D. Mot. II S. 307 (die Citate in N. 1 das., insbes. §§ 1083, 1084 a. b. Gb., sind nicht verständlich). Unrichtig Winiwarter IV S. 183.

[16] „Aus der Thatsache der Vermischung als solcher" erwächst dem früheren Eigenthümer kein Anspruch: Hartmann rechtl. Begr. d. Geld. (1868) S. 26 f. Aber auch nicht jedes Wissen des Empfängers von dem Nicht-Eigenthume des Gebers, mala fides in diesem Sinne, ist schon Delict gegenüber dem Eigenthümer.

[17] Irrig scheint Stubenrauch II S. 328 in solchem Falle das Darlehen nicht convalescieren zu lassen.

[18] Bereichert ist der Darleiher, welcher mit fremdem Gelde eine Darlehensforderung erworben, nicht aber der Schuldner, der durch Aneignung dieses Geldes sich jenem verpflichtet hat.

bb) Sind fremde „Quantitäten" (Wein, Öl u. dgl.) als Darlehen gegeben, so bleibt der Empfänger auch nach ihrer Vermengung dem dritten Eigenthümer in allen Fällen für dessen Antheil verhaftet (§ 415), es kann dadurch also niemals die Darlehensobligation in Kraft treten.

cc) Physische Consumtion des Empfangenen hat stets thatsächlich die Realisierung des Zweckes der Hingabe zur Folge, daher Perfection des Darlehens.[19] Der juristische Verbrauch (Ausgeben des Geldes) wird praktisch fast immer mit „Vermengung" verbunden sein oder zu solcher führen, somit die Darlehensobligation zur Entstehung bringen.[20] Doch muss dies nicht ausnahmslos zutreffen.[21] Es läßt sich daher nicht schlechthin behaupten, daß durch Verbrauch des Empfangenen seitens des Entlehners das Darlehen perfect werde.

b) Die Handlungsunfähigkeit eines der Contrahenten kommt für beide Vertragselemente in Betracht, die „res" und den „Consens".[22] Absolute Handlungsunfähigkeit hindert selbstverständlich die Giltigkeit beider, und nur eine Bereicherungsklage kann in Frage kommen.[23] Näherer Beleuchtung bedarf nur die beschränkte Handlungsfähigkeit (minderjähriger infantia majores, erklärter Verschwender[24] u. a.) u. zw. zunächst

α) auf Seite des Darleihers. Da der obligatorische Vertrag im Darlehen nur einseitig verpflichtend wirkt, so ist der beschränkt Handlungsfähige zur Consenserklärung (Gläubigerwillen) befähigt, während er unfähig ist zur Vollziehung der Hingabe, als einer Veräußerung. Man könnte daher sagen: erstere sei giltig, letztere ungiltig; das Darlehen käme zunächst — mangels der „res" — nicht zustande, würde aber perfect in all' den Fällen, in welchen die Wirkung der Tradition ersetzt wird durch andere Vorgänge[25] (Vermengung des Geldes, Ersitzung u. dgl.). Allein beide Seiten des Geschäfts lassen sich nicht in dieser Weise trennen.[26] Ist die Willenserklärung über

---

[19] Windscheid II S. 425 N. 8.

[20] Über die mögliche Delictsklage des früheren Eigenthümers gilt auch hier das zu aa Gesagte.

[21] S. die — praktisch nicht sehr wichtigen — zu unterscheidenden Fälle unten im Zusatze S. 79.

[22] Letzteres würde strenge genommen oben § 8 zu erörtern gewesen sein (vgl. N. 18 das.).

[23] Convalescenz durch Consumtion u. dgl. kann hier nicht vorkommen. Huschke S. 26.

[24] Vgl. noch unten § 13.

[25] So z. B. Keller P. S. 566, Windscheid II S. 425, Witte Bereicherungsklagen S. 289 f. S. dagegen Voigt Condict. S. 750 f.

[26] Auf den engen Zusammenhang der causa credendi mit der Tradition ist schon oben § 4, II hingewiesen; s. auch unten N. 30; treffend sagt Gajus

die Hingabe ungiltig, so ist eben ungiltig der Consens auch über die causa dieser Hingabe; und auch der thatsächliche (nachträgliche) Vermögenserwerb des Empfängers kann nicht auf der causa des Darlehens beruhen; mit anderen Worten, von solcher Convalescenz des Vertrages kann nicht die Rede sein,[27] sondern nur von condictio sine causa.[28]

β) Auf Seite des Entlehners bedeutet umgekehrt die „res" einen Vermögenserwerb, zu welchem der beschränkt Handlungsfähige befugt ist, der Consens die Übernahme einer Verpflichtung, zu welcher ihm die Fähigkeit fehlt. Trennt man beides, so erscheint daher die Darlehensobligation ungiltig, der Eigenthumserwerb giltig, und nur eine Bereicherungsklage begründet.[29] Allein auch hier wird sich die Hingabe von ihrer causa nicht losreißen lassen. Der Vertrag muss als Einheit stehen oder fallen (§ 865).[30] Das dem Handlungsunfähigen gegebene Darlehen ist somit ungiltig, ebenso aber die Tradition.[31] Der Geber hat zunächst dingliche Klage zur Rückerlangung der Valuta, an deren Stelle erst bei Vermengung (Consumtion) die condictio (§ 877) tritt.[32]

(L. 9 pr. D. de auctor. 26, 8) vom Pupillen: „adquirere stipulando .... sine tutoris auctoritate potest, sed credendo obligare sibi non potest", dazu § 2 I quib. al. 2, 8 u. Gaj. II, 82. Huschke S. 26: „Der Consens muss .... in Einheit mit seiner realen Begründung .... vorhanden sein", vgl. S. 43. Richtig hierin Stubenrauch II S. 328, Pfersche Bereicherungskl. S. 169 ff., 211.

[27] Ein anderes ist es, dass die Giltigkeit des Vertrages nach § 865 in Schwebe bleibt (Unger Grünhut's Ztschr. I S. 366 f.) bis zur Entscheidung des Vormunds über denselben. Nur dadurch unterscheidet sich also dieser Fall von dem seitens eines absolut Handlungsunfähigen gegebenen Darlehen.

[28] Huschke S. 47. Die praktischen Unterschiede der condictio und der Darlehensklage s. oben § 4 II.

[29] S. z. B. Huschke S. 79 f. Über die österr. Literatur s. Pavlicek Kl. aus unger. Bereicher. S. 33 N. 4 u. S. 86.

[30] Für diesen speciellen Fall lässt sich die herrschende Theorie von der abstracten Wirkung der Tradition (s. oben § 8 N. 5) schon wegen der Fassung des § 865 nicht halten. § 865 erwähnt nämlich nicht nur des wechselseitig verpflichtenden Vertrages („Versprechen annehmen", „selbst versprechen"), sondern auch der „Annahme", mit welcher „eine damit verknüpfte Last übernommen" werden soll (anders noch Wg. Gb. III § 12; vgl. Ofner II S. 9); darunter fällt aber wortdeutlich die Annahme „credendi causa" (vgl. dazu oben S. 40 f.). Beides fasst also § 865 als Einheit auf, und das ganze Geschäft, die Annahme des Eigenthums sowie das Versprechen der Rückzahlung, erklärt er als relativ nichtig. Ich würde aber überhaupt in dem cit. § 865 ein Hauptargument für das Erfordernis wirklicher causa zur Tradition nach österreichischem Rechte erblicken. Vgl. dazu namentlich Strohal l. c. S. 433 ff.

[31] Auch hier also der Unterschied gegenüber absoluter Handlungsunfähigkeit nur die bedingte Nullität des ganzen Vorganges nach § 865.

[32] Die Vindication wird selten bei Geld, wohl aber etwa bei Hingabe von Wertpapieren (§ 991) praktisch werden. Ein Analogieschluss aus der Norm, welche § 1424 für die Zahlung an Handlungsunfähige enthält, auf die Obligierung derselben ist wohl nicht statthaft.

Bei doloser Verschweigung der Handlungsunfähigkeit aber (§ 248 § 866) geht die Haftung des Darlehensempfängers weiter als bis zur Bereicherung; er hat das volle (negative) Interesse des Gebers zu ersetzen. Allein, so wenig der Bereicherungsanspruch in ersteren Fällen mit Convalescenz, so wenig darf dieser Ersatzanspruch mit Giltigkeit des Darlehens verwechselt werden.[33]

Völlig verschieden davon sind daher die Ausnahmsfälle der §§ 151, 246 und 247,[34] in welchen die mit Bezug auf ein gewisses, dem sonst Handlungsunfähigen zur freien Verfügung überlassenes, Vermögen eingegangenen Schulden giltig sind.[35]

Zusatz. Der Satz, dass durch **Vermengung und Consumtion**[36] der Besitzer Eigenthum fremden Geldes erwerbe, bedarf hier — für das österreichische Recht[37] — näherer Prüfung, um festzustellen, inwieweit auf solche Art ein mit fremdem Gelde gegebenes Darlehen convalesciere. — Was nun 1) die „Vermengung" betrifft, so enthält **§ 371** zwei Rechtssätze: Durch Besitzerwerb in gutem Glauben wird an Geld, Inhaberpapieren und anderen Fungibilien sofort Eigenthum begründet;[38] der schlechtgläubige Besitzer aber erwirbt Eigenthum erst durch eine Vermengung dieser Sachen, durch welche deren „Unterscheidung" von anderen unmöglich wird.[39] Das a. b. Gb. gibt aber — im **§ 415** — noch eine andere Vorschrift, nach welcher „vermengte Sachen" ihren bisherigen Eigenthümern gemeinsam werden, wobei guter oder böser Glaube des Besitzers gleichgiltig, und auch das „Verschulden" betreffend die Vermischung nur für die Frage entscheidend ist, welcher von beiden Theilhabern die Wahl haben solle, ob das Ganze gegen Abfindung des anderen Theiles ihm oder dem Gegner zu bleiben habe. Auf alle Fälle muss somit hier der bonae fidei wie der malae fidei possessor in der oder

---

[33] Sehr deutlich trat der Gegensatz hervor in der Berathung über § 866 bei Ofner II S. 401 f., vgl. I S. 198. S. schon oben S. 42 f.

[34] Die condictio mit der Haftung nach § 246 vermengte die 2. Instanz Slg. 10850; richtig die 3. Instanz.

[35] Grundlos ist die Ansicht von Dierl, Jurist III S. 324 f., dass Darlehen an Minderjährige im Zweifel als im Hinblicke auf die nach § 246 oder § 247 frei disponiblen Vermögenstheile geschlossen gelten müssen. Wohl aber ist dies klar, wenn dem Minderjährigen ein „Vorschuss" auf die ihm in einem Dienstverhältnisse gebührende Gage gegeben ist; vgl. Now. IV Nr. 32.

[36] Die Älteren fassen die Vermengung nur als Specialfall der Consumtion, s. Glück XII S. 38 N. 100, und schon Donell l. c. p. 222 s., aber ebenso viele Neuere, vgl. Comte Erwerb d. Eigenth. an Geldstücken (1887) S. 8 ff., Bechmann Eigenthumserw. d. Accessi. S. 31, Unger I S. 403 N. 10, Goldschmidt Handelsr. I S. 1142.

[37] Über römisches Recht, auf welches hier nicht einzugehen ist, s. bes. Hartmann rechtl. Begr. d. Geld. S. 20 ff., Bekker P. I § 75 Beil. III, Karlowa Krit. Vierteljhrschr. XI S. 530 ff., Comte l. c.

[38] Vgl. Unger Entw. eines brgl. Gb. f. Sachs. (1853) S. 203, Randa Eigenthumsr. I S. 312.

[39] Randa l. c. S. 314.

jener Form den Antheil des anderen herausgeben.[40] So verschieden diese im § 371 und im § 415 gesetzten Rechtsfolgen offenbar sind, so scheinen doch auf den ersten Blick beide Gesetzesstellen den gleichen Fall zu betreffen. Und in der That führen manche unserer Commentatoren ganz arglos da und dort die Vermengung von Geld als Beispiel an.[41] Anders Randa, welcher das Anwendungsgebiet beider Normen dadurch trennen will, dass er § 371 nur auf Geld und Inhaberpapiere bezieht.[42] Allein dagegen spricht entschieden, dass diese Dinge im § 371 nur als Beispiele genannt sind.[43] Man könnte dann versucht sein, einen Ausweg dadurch zu gewinnen, dass man unter § 371 nur die Fälle der Tradition von Fungibilien begriffe,[44] während § 415 andere Arten des Besitzerwerbs resp. der Vermengung umfasse. Die Nähe des § 367 zu ersterer Stelle ließe in der That eine ähnliche ratio legis vermuthen.[45] Allein eben diese ratio — Schutz des Verkehrs — würde nach allgemeinem Princip nur dem gutgläubigen Erwerber zugute kommen, passte also wohl zu dem ersten Satze des § 371, nicht aber zu dem zweiten; und doch ist klar, dass beide Sätze für denselben Kreis von Fällen ausgesprochen sind.[46] Andererseits fehlt im § 415 jeder Anhaltspunkt dafür, ihn auszuschließen, falls der „Vermenger" durch Tradition in den Besitz der fremden Stücke gekommen war. So erübrigt nur, doch wieder im Objecte der Vermengung die Abgrenzung zu suchen, aber anders als Randa. Vollkommen befriedigend scheint es nun, wenn man § 415 auf „Quantitäten" bezieht, deren einzelne Bestandtheile im Verkehr

---

40 Die Constructionsfrage, ob dabei von „Quantitätsvindication" oder condictio zu sprechen sei, interessiert hier nicht; vgl. Bechmann l. c. S. 28 f., Randa l. c. S. 315 N. 44. Ersterer Standpunkt liegt jedenfalls unserer Codification nicht ferne; erklärten doch ältere Entwürfe die commixtio geradezu für ganz ohne rechtlichen Einfluss, wenn „jeder durch verhältnismäßige Theilnehmung an dem Ganzen eben dasjenige wieder zurückerhalten kann, was er vor der Vermischung gehabt", s. Harrasowsky, Entw. Horten's II, 4 §§ 10, 11.

41 S. Rippel III S. 330, Winiwarter II S. 186, Stubenrauch I S. 468, 504. Vgl. übrigens unten N. 51. In dem Falle Slg. 3705 wurde sogar versucht, § 415 auf das durch den Mandatar mit eigenem vermengte Geld resp. den mit dem Ganzen gemachten Gewinn zu beziehen.

42 Allerdings nur, was den ersten der obigen Sätze betrifft (Erwerb bona fide) — l. c. S. 312 f. Zustimmend Krasnopolski Krit. Vtljhrschr. XXVII S. 491. Krainz, II §§ 219, 234, bezieht § 371 nur auf Vermengung eigenen Geldes mit fremdem.

43 Deshalb kann auch die ratio des § 371 (anders wohl bezüglich Art. 306 f. H. G. B.) nicht in der „Umlaufsnatur" des Geldes (Goldschmidt l. c. S. 1143 N. 8) gesucht, noch aus dieser mit Randa l. c. S. 313 ein Schluss auf die Frage gezogen werden, ob auch Legitimationspapiere unter die Norm des § 371 fallen.

44 So Randa l. c. S. 312 (vgl. S. 314 N. 43), aber wieder bloß für den ersten Rechtssatz; während er Pr. L. R. I, 15 § 45, der doch wohl in diesem Punkte nicht wesentlich anders lautet als § 371, so versteht, dass auf die Art des Besitzerwerbs nichts ankomme. Vgl. auch Exner l. c. S. 69.

45 Vgl. Zeiller II S. 141 f.

46 Dies gegen Randa's Unterscheidung (s. oben N. 42 u. 44). Es darf auch darauf hingewiesen werden, dass Wg. Gb. II § 88 die Unterscheidung zwischen gutgläubigem und schlechtgläubigem Erwerb noch gar nicht kannte,

nur wie Atome des Ganzen, nicht als selbständige Werte angesehen werden, so z. B. Flüssigkeiten, Sand, Schotter, Getreide u. a. m. Dass derartige „Quantitäten" als eigene Sachen behandelt werden wollen, ist schon vielfach erkannt.[47] Insbesondere erklärt sich aus dieser Auffassung — von aller sonstigen Unklarheit des § 415 abgesehen —, dass unser Gesetz die Vermischung solcher Mengen in eine Linie stellen konnte mit der Specification[48] und der Vereinigung von Sachen. Wie bei der „Accession" werden hier in der That zwei Sachen (Quantitäten) zu einer.[49] Ganz andere Beurtheilung verlangen vertretbare Sachen, deren jede einzelne zwar im Verkehre der anderen gleichsteht, aber doch eigenen Wert besitzt, eine Sache für sich ist — man kann sie (vertretbare) „Einzelsachen"[50] nennen; als Muster derselben durfte § 371 mit Recht Geld und Inhaberpapiere[51] anführen. Aber auch z. B. Bücherexemplare, Legitimationspapiere,[52] Silberbarren zählen gewiss dahin. — Aus alledem ergibt sich: Durch Hingabe fremden Geldes oder anderer vertretbarer „Einzelsachen" als Darlehen wird dem gutgläubigen Empfänger sofort, dem bösgläubigen erst durch die Vermengung, durch die Hingabe

durch diese Modification im a. b. Gb. (s. Ofner II S. 523) aber an dem Anwendungsgebiet des ganzen § 371 nichts geändert wurde.

[47] Schey in Grünhut's Ztschr. VIII S. 117, 150 f., Dernburg P. I S. 168, Burckhard II S. 141. Vgl. auch Randa l. c. S. 315 N. 44.

[48] Abgesehen davon, dass die Vermengung ungleichartiger Quantitäten zur Entstehung eines von den bisherigen verschiedenen Gemenges, also in der That einer Art Specification führen kann.

[49] § 415 und auch die Protokolle zu dem § führen keine Beispiele von hierher gehörigen Sachen an. Charakteristisch aber, und füglich nur zu der im Texte vertretenen Auffassung passend ist es, dass im Entwurfe (Wg. Gb. II § 147) von „vermengten Sachtheilen" die Rede war, was von Zeiller (s. Ofner I S. 271) offenbar nur aus stilistischen Gründen in „Sachen" umgeändert wurde. Auch die „Quantitätsvindication" ist hier vollkommen am Platze, sehr zweifelhaft aber bei Geldvermengung, wo sie Bekker l. c. S. 322 statuiert; s. dagegen Comte l. c. S. 15 f. N. 4.

[50] Es ist auch eine Abgrenzung so versucht worden, dass nur die Vermischung „abgegrenzter Mengen" zu Miteigenthum (§ 415) führe (so vielleicht Zeiller II S. 202, Nippel III S. 330, D. Mot. III S. 360 zu § 892 Entw.); aber wo ist die Grenze für diese „Abgrenzung"? Wenn der Dieb das gestohlene Paket Münzen mit dem zu Hause aufbewahrten zusammenschüttet, fällt dies dann unter § 371 oder § 415?

[51] Die Vorgeschichte der §§ 371 und 415 zeigt, dass man, im Anschlusse an die Lehre des gemeinen Rechts (L. 78 D. de solut. 46, 3 und L. 5 pr. D. de R. V. 6, 1) ausgieng von dem Gegensatze zwischen Geld einerseits und anderen Fungibilien andererseits, als deren Muster Getreidekörner galten; bei commixtio des ersteren nahm man schlechthin Eigenthumserwerb (und condictio) an, bei letzteren Miteigenthum (und Theilungsanspruch oder „Quantitätsvindication"); so Cod. Ther. II, 5 Nr. 104, 105, 110, 119. Horten's Entw. II, 4 § 10 brachte vorübergehend die früher verworfene Ansicht (s. Harrasowsky Bd. II S. 90 f. N. 9, IV S. 157 N. 1) zur Geltung, dass zwischen Geld und anderen Fungibilien kein Unterschied zu finden, daher überall Quantitätsvindication das Richtige sei. Die späteren Entwürfe griffen wieder auf den Gegensatz zurück, aber berichtigten ihn — wohl infolge des durch jene Opposition gegebenen Anstoßes — dahin, dass sie Geld eben nur als Beispiel einer, Getreide als Beispiel einer anderen Kategorie auffassten: Entw. Martini II, 5 §§ 14, 15, II 3 § 16, Wg. Gb. II § 147.

[52] Vgl. oben N. 43.

von Quantitäten aber weder dem einen noch dem anderen die beabsichtigte Capitalsvermehrung zugeführt. Daher die im Texte zusammengestellten Consequenzen für die Giltigkeit des Darlehens in diesen Fällen. — 2) Dass durch die Consumtion fremden Geldes der Besitzer Eigenthümer desselben werde, ist buchstäblich genommen jedenfalls unwahr.[53] Wann sollte dies Eigenthum sichtbar sein? Es kann sich nur um folgendes handeln: Ist der Besitzer fremden Geldes nach dessen Consumtion nicht nur geschützt gegen den Eigenthumsanspruch des bisherigen Eigenthümers, sondern hat er durch diese Consumtion auch seinen wirtschaftlichen oder rechtlichen Zweck erreicht, wie wenn er eigenes Gut verzehrt hätte? Wenn ja, dann ist, falls er das Geld von einem Nichteigenthümer tradiert erhalten hatte, auch die causa dieser Tradition verwirklicht, so insbesondere das mit diesem Gelde gegebene Darlehen perfect geworden. Jene Frage lässt sich nun aber nicht schlechthin bejahen,[54] vielmehr muss unterschieden werden. Physische Consumtion[55] erfüllt natürlich immer ihren Zweck, „bereichert" den Consumenten immer, hat also Perfection des Darlehens zur Folge. Was aber — bei Geld — den juristischen Verbrauch, das „Ausgeben" betrifft, so kommt nach den Ausführungen ad 1 nur der schlechtgläubige Consument in Betracht, welcher bis zur Ausgabe das fremde Geld noch unvermengt bewahrt hat — an sich schon ein gewiss seltener Fall. Genau genommen steht nun die Sache so: Gibt er es an einen gutgläubigen Empfänger, so wird dieser (§ 371) Eigenthümer, ersterer hat also seinen Geschäftszweck, welcher immer dieser gewesen sein mag, sofort realisiert;[56] wäre aber der weitere Empfänger auch seinerseits in mala fide, so würde erst durch Vermengung der Geldstücke bei diesem jener Zweck erreicht. Ersterenfalls wäre also das Darlehen desjenigen, der das fremde Geld ausgibt, sofort durch diese „Consumtion", letzteren Falles erst durch die nachfolgende Vermengung desselben zustande gekommen.[57] Im Resultate aber zeigt sich, dass überall nicht die „Consumtion" als solche, sondern stets einer der ad 1 genannten Gründe — gutgläubiger Erwerb oder Vermengung seitens des dritten — diese Wirkung hat, dass somit das a. b. Gb. nicht mit Unrecht die „Consumtion" übergeht.

[53] So, wenn etwa Pagenstecher Pandektenpraktikum S. 444 sagt: „Die Consumtion erzeugt Eigenthum", dagegen s. Huschke S. 48, Heimbach l. c. S. 193.

[54] So z. B. Keller P. S. 566. Sehr richtig schon Donell. l. c. p. 223.

[55] Bei casuellem Untergang des Empfangenen wird der Entlehner, selbst als malae fidei possessor, dem (dritten) Eigenthümer gegenüber frei (arg. § 338), das Darlehen also, da der Entlehner intentionsgemäß die Gefahr tragen soll, perfect (dies scheint Donell l. c. p. 223 s. zu übersehen) —; bei Zerstörung der erhaltenen Stücke durch Verschulden ist der gutgläubige Empfänger dem Eigenthümer nicht verhaftet (§ 329), das Darlehen somit zustande gekommen, nicht so bei bösem Glauben desselben (§ 335).

[56] Also insbesondere auch bei Verschenken des Geldes. Vgl. Huschke S. 50.

[57] Dass die etwaige Delictshaftung gegenüber dem Eigenthümer für das Verhältnis zum Darleiher nicht in Betracht kommt, s. oben S. 73. Mit Unrecht legen also unsere Commentatoren — s. Stubenrauch II S. 328, Kirchstetter S. 485 — alles Gewicht auf diese Frage.

§ 10.

2. Indirecte Hingabe.

Schubart, de mutuo brevi manu contrahendo (Berliner Inaug.-Diss. 1868).

Die indirecte Hingabe eines Darlehens kann von der directen in dreifacher Richtung abweichen:[1] es kann die Zuzählung seitens eines dritten auf Rechnung des Gläubigers, oder an einen dritten auf Rechnung des Schuldners erfolgen, oder endlich letzterer selbst ermächtigt werden, sich auf Rechnung des Gläubigers die Valuta auf anderem Wege zu verschaffen.[2]

a) Hingabe durch einen dritten. Wie nach römischem,[3] so kann zweifellos auch nach österreichischem Rechte,[4] trotz der Formulirung des § 983, der Darleiher (A) dem Entlehner (B) die Valuta auch dadurch übermachen, dass er einen dritten (C) zu deren Leistung anweist. Erfolgt diese Leistung, so ist zwar nicht Eigenthum oder sonst ein Recht von A auf B übergegangen,[5] aber — welches immer das Causalverhältnis zwischen A und C sein mag[6] — klar, dass B auf Grund eben dieses Verhältnisses, mit anderen Worten auf Rechnung des A zur Nutzung dieses Capitals gelangt. Doch ist auch hier „Anweisung nicht Zahlung". Das Darlehen des A an B wird perfect erst im Augenblicke und nur bis zu dem Betrage, in welchem C wirklich an B leistet. Vorher kann höchstens ein Vorvertrag zwischen A und B bestehen. Davon verschieden, und begrifflich gewiss möglich wäre es, wenn jene Anwei-

---

[1] Vgl. die Übersichten bei Keller P. S. 565, Windscheid § 370 N. 10; dann oben S. 21. Selbstverständlich, dass auch Combinationen der drei Fälle vorkommen können.

[2] Ein wichtiger Fall der letzteren Art wird besonders in § 11 zu erörtern sein.

[3] Huschke S. 28 f. Künstliche Constructionen, um auch hier eine „datio" zu gewinnen (s. bes. Heimbach l. c. S. 150), sind gewiss überflüssig. S. Schlossmann in Grünhut's Ztschr. IX S. 529 N. 42.

[4] Das a. b. Gb. erwähnt der Fälle ad a und b allerdings nicht. Gleichwohl wird diese Art der Hingabe zugelassen von Rippel VII, 1 S. 5, Krainz II 1 S. 207. Übrigens anerkennt das a. b. Gb. bei der Zahlung (§§ 1422, 1423) die Wirkung der indirecten Hingabe, und § 1001 (deutlich Wg. Gb. III § 99) setzt offenbar die Möglichkeit einer solchen voraus, wenn er vom „eigentlichen Darleiher und Anleiher" spricht. Trotz Schweigens des Gesetzes sind die Fälle auch für das preußische Recht anerkannt; s. Gruchot XII S. 670 ff., Dernburg Pr. R. II S. 498 f.

[5] Ein ganz anderer Fall ist es, wenn der dritte (C) Stellvertreter des Gläubigers ist, sei es, dass er die Valuta aus eigenem entrichtet (oben S. 69), sei es, dass er auch diese im Namen des Darleihers tradiert; doch werden die Fälle meist nicht gehörig geschieden, so bei Gruchot l. c., aber auch Savigny Obl. R. II S. 67, sächs. Gb. § 1072.

[6] Gewöhnlichster Fall: C war Schuldner des A; hier überlässt A sein Activum dem B. In anderen Fällen wird A erst deckungspflichtig gegenüber C, die Capitalsüberlassung an B zeigt sich also als Passivum im Vermögen des A; vgl. dazu Huschke S. 54 f.

sung auf C in dem Sinne gegeben und acceptiert würde, dass sie selbst, direct, die Darlehensvaluta bilden solle.[7] Das Darlehen wäre, für den Nominalbetrag der Anweisung, sofort begründet,[8] die Anweisung stünde auf Gefahr des Empfängers.[9] Allein im Sinne der positiven Vorschrift des § 991 ist ein Vertrag dieses Inhalts ungiltig.[10]

b) Hingabe an einen dritten.[11] Es kann andererseits die „Zuzählung" des Darlehens dadurch erfolgen, dass der Darleiher (A) über Anweisung des Entlehners (B) die Valuta einem dritten (C) zuwendet.[12] Indem B damit seinen Geschäftszweck gegenüber C verwirklicht,[13] verwertet er, wieder ohne unmittelbaren Rechtsübergang, das Capital des A. Übrigens wäre das oben Gesagte zu wiederholen: erst die wirkliche Leistung seitens des A an C bringt das Darlehen zur Entstehung;[14] wäre aber die Absicht, die von A acceptierte Anweisung als solche, zum Nominalbetrage, als Darlehenscapital zu betrachten, so könnte, nach österreichischem Rechte der Vertrag nicht gelten (§ 991).

c) (Andere) indirecte Verschaffung des Darlehenscapitals.

α) Es erfolgt zwar eine Hingabe einer Sache oder eines Rechts vom Darleiher an den Entlehner, aber so, dass nicht das Gegebene selbst Gegenstand des Darlehens sein soll, sondern der Erlös,[15] welchen der Empfänger aus demselben einbringen wird. Das Gegebene ist nur Mittel zur Verschaffung der Darlehensvaluta — so bei Übergabe von Waren oder Wertpapieren zum Verkaufe, damit der eingehende Kaufpreis, Cession einer Forderung zum In-

[7] Im Zweifel wird dies, z. B. bei Checks, nicht anzunehmen sein; vgl. Hanausek der Check im Giroverkehr S. 18.

[8] Huschke S. 51 f. Dagegen aber Brinz Krit. Vierteljhrschr. XXV S. 197.

[9] Ein Gegenanspruch des Entlehnens wegen dolus des Darleihers wäre möglich, nicht aber wäre das Darlehen an sich beschränkt auf den wirklich eingegangenen Betrag.

[10] S. oben § 7 N. 17.

[11] Slg. 5011; unrichtig die 1. Instanz Slg. 9772.

[12] „Auch hier hat es Heimbach (l. c. S. 153) fertig gebracht, ein constitutum possessorium herauszuconstruieren": Schlossmann l. c. S. 529 N. 44.

[13] Die causa solutionis, wenn C Gläubiger des B war, sonst etwa causa credendi, ja auch causa donandi. — Andererseits ist es richtig, dass nicht jede Zahlung an den Gläubiger eines anderen ein Darlehen an diesen letzteren bedeuten muss: Slg. 9772.

[14] Wäre der Darlehensvertrag wegen Form- oder sonstigen Mangels im Consense zwischen A und B ungiltig, so bleibt dem A gegen B das Regressrecht nach § 1358, resp. § 1422: Slg. 9772.

[15] An der Zulässigkeit des Darlehens in dieser Form nach österr. R. besteht kein Zweifel; s. Slg. 6370. Specielle Vorschriften darüber enthielt Cod. Ther. III, 4 Nr. 19 f. — Für das röm. R. vgl. Huschke S. 60 ff.

cassо,[16] damit die eingehobene Leistung, Giro eines Wechsels, damit die vom Acceptanten gezahlte Wechselsumme oder der Kaufpreis für den weiterzubegebenden Wechsel dem Empfänger als Darlehenscapital verbleibe. Verschieden davon[17] ist das Geschäft, wenn die Absicht ist, dass das Gegebene sofort als Repräsentant eines bestimmten Capitals gelten solle, wobei das Darlehen mit der Hingabe in dieser bestimmten Höhe perfect, das Hingegebene in freies Eigenthum, aber auch auf Gefahr des Empfängers, übergegangen ist — ein Darlehen also mit directer Hingabe, welches aber nur in engen Schranken[18] (§§ 990, 991) überhaupt giltig ist.

Für den hier in Frage stehenden Fall ist im einzelnen zu erwähnen: Der Darlehensvertrag wird perfect, die Darlehensschuld entsteht erst mit dem Eingang des Erlöses für die empfangene Sache, und in dessen Höhe. Die hingegebene Sache bleibt bis zu ihrer Veräußerung durch den Entlehner Eigenthum des Gebers,[19] ihn trifft auch noch immer die Gefahr des Zufalls,[20] und nur für Beschädigung, Entwertung oder Verlust durch sein Verschulden[21] hat der Empfänger einzustehen. Unter dem Titel des Schadenersatzes[22] nur kann also möglicherweise der Darleiher mehr als den wirklichen Erlös für die Sache fordern. Fasst man all dies zusammen, so erscheint das Rechtsverhältnis bei solcher indirecten Hingabe weder als Verkauf,[23] noch als Mandat,[24] noch als pactum de contrahendo

---

16 Auch die oben zu a und b besprochenen Geschäfte, wenn sie zu einer vollständigen Assignation führen, fallen unter diesen Gesichtspunkt.

17 Vgl. Krainz II 1 S. 207, Cohn S. 845 f., Cod. Ther. l. c. Nr. 19, 22, Dagegen sind beide Fälle nicht immer scharf genug auseinandergehalten, z. B. selbst bei Dernburg Pr. R. II S. 501; vgl. dagegen Gruchot XII S. 695 N. 3, Heimbach l. c. S. 277 f.

18 S. oben § 7 —: unrichtig Slg. 1172. A. M. auch Kirchstetter (3. Aufl.) S. 495.

19 Ist das Gegebene noch nicht veräußert, so steht dem Geber Vindication, nicht bloß condictio zu (bes. im Concurse des Empfängers!). — Hierfür lässt sich auch die Analogie des § 1087 anführen.

20 Wenn mehrfach angenommen wird (s. sächs. Gb. § 1073, Huschke S. 60, Dernburg P. II S. 226), die Gefahr trage sofort der Empfänger, „so liegt hierin eine mit allgemeinen Grundsätzen nicht harmonierende, durch ein praktisches Bedürfnis nicht gebotene Singularität" (D. Mot. II S. 308) — gegen welche für unser Recht insbesondere die Tendenz des § 991 spricht, sowie die Analogie § 1087.

21 Ein solches kann namentlich in Veräußerung um geringen Preis, oder Stundung des Preises (vgl. § 1399) gefunden werden, oder — bei Acceptation eines Wechsels zum Behufe des Verkaufes darin, dass der Entlehner denselben nicht einlöst, so im Falle der Slg. 6370.

22 S. Slg. 6370.

23 So Kirchstetter S. 481. Abgesehen von der ganz verschiedenen causa der Geschäfte (s. oben S. 28) spricht dagegen (s. oben N. 20), dass die Construction als Kauf auch zum sofortigen Übergange der Gefahr auf den Entlehner führen würde (§ 1051).

24 Ein Doppelgeschäft: Bevollmächtigungsvertrag und Darlehen (oder Ver-

mutuo, sondern als suspensiv bedingtes[25] Darlehen (des für das Hingegebene zu erzielenden Erlöses) verbunden mit der unwiderruflichen Ermächtigung[26] zur Verwertung des Hingegebenen in der verabredeten Weise.

Durch diese seine Natur (causa) unterscheidet sich unser Fall — aber auch die oben erwähnte directe Hingabe eines Gelddarlehens in anderen Sachen — insbesondere 1. vom Verkaufe auf Credit;[27] 2. vom Trödelvertrage, dessen Zweck nicht die causa credendi, die Verschaffung eines Geldcapitals für den Empfänger, sondern füglich doch der Verkauf der Sache ist, bedingter Kauf,[28] nicht bedingtes Darlehen; 3. vom sog. contractus mohatrae,[29] d. i. Verkauf einer Sache auf Credit mit sofortigem Rückverkauf derselben um einen (kleineren) bar bezahlten Preis. In Wahrheit ist dies ein Darlehen, welches in Gestalt dieses zweiten Kaufschillings, also in Geld, nicht in Ware, gegeben wird, somit nicht unter § 991 fällt. Die darin gelegene Verabredung der Rückzahlung einer höheren

kauf) nehmen an Winiwarter IV S. 196, Kirchstetter l. c., Stubenrauch II S. 334 (der zum Überflusse noch eine traditio brevi manu des „im Vollmachtswege eingezogenen" Erlöses heranzieht!). Dagegen s. Schubart p. 52 s. und unten N. 26. — Vgl. noch unten § 12 N. 3.

[25] Die Auffassung als pactum de mutuando (vgl. § 983: „Vertrag, ein Darlehen künftig zu geben") und die Unterwerfung unter die Normen des § 936 würde der Absicht der Contrahenten wenig entsprechen. Der Darleiher hat eben schon gegeben; aber gegenüber dem gesetzlichen Erfordernisse der „res" kann die Verpflichtung nur bedingt gewollt sein durch die Realisierung des Wertes des Hingegebenen.

[26] Die Ermächtigung zu einer Rechtshandlung im Namen oder auf Rechnung eines anderen gibt dem Ermächtigten das Recht, der Auftrag (Mandatsvertrag) legt ihm die Pflicht auf zu deren Vollzug. Im Bereiche einer Gesetzgebung nun, welche, wie die unsrige § 1002, Auftrag und „Bevollmächtigungsvertrag" identificiert, ist es Sache der Theorie, letzteren genau zu scheiden von der „Ermächtigung". Bei dieser bietet aber das Hauptinteresse die Frage der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit. (So richtig D. Mot. I S. 228 obige Begriffe trennen, so schwer verständlich ist es, warum der Entwurf § 119 keine unwiderrufliche „Vollmacht" zulassen will.) Des näheren wird auf diesen Punkt an anderem Orte einzugehen sein. Dass in dem hier in Rede stehenden Falle nicht Auftrag (so Krainz II 1 S. 209 N. 13, sowie die oben N. 24 Citt. vorliegt, sondern unwiderrufliche Ermächtigung liegt in der Natur der Sache; vgl. Windscheid II § 383 N. 5, Bechmann Kauf II S. 413 f. Vgl. auch die Entscheidung eines verwandten Falles in L 24 § 2 D. de O. et A. 44, 7.

[27] Vgl. Cohn S. 846; Bechmann l. c. S. 560 ff. S. oben S. 28; vgl. Schubart p. 71 ss.

[28] Welcher Art diese Bedingtheit ist (vgl. Bechmann l. c. S. 410 f., Reinhold, d. Trödelvertrag), kann hier noch nicht weiter erörtert werden.

[29] S. Ducange Gloss. s. h. v. Der Ausdruck wird übrigens in sehr verschiedenartigem Sinne gebraucht, so insbes. auch für den im Texte erörterten Fall des Darlehens durch Hingabe zum Zwecke des Verkaufes, so (doch wohl mit Unrecht Förster-Eccius II S. 276 N. 6, D. Mot. II S. 308 (etwas anders Krainz II 1 S. 209 N. 12), Stubenrauch II S. 334 N. 3 der noch dazu den Namen den Römern zuschreibt!).

Summe (des ersten, creditierten, Kaufpreises) aber ist nicht unzulässig (§ 5 Ges. v. 14. Juni 1868). Der contractus mohatrae erscheint demnach heute an sich[30] nicht als ungiltig. 4. Der Verkauf auf Wiederverkauf (von Immobilien: § 1070) kann, wenn die causa des Kaufes nicht ernst gemeint ist, Verkleidung eines Darlehens, bezw. Pfandvertrages sein, als solches aber ungiltig (§ 1071, § 1371).[31] Besondere Erwähnung verdient

β) Die Hingabe von Sachen, bes. Wertpapieren, zu dem Zwecke, dass der Empfänger sich durch Verpfändung (Belehnung) derselben ein Capital verschaffe. Der Regel nach liegt darin kein Darlehensvertrag zwischen dem Geber und dem Nehmer dieser Sachen, es wird nur letzterem die thatsächliche Möglichkeit der Aufnahme eines Darlehens bei dritten gewährt. In Bezug auf dieses Darlehen spielt der Geber der Effecten die Rolle eines Intercedenten.[32] In Rücksicht auf diese Sachen selbst liegt aber zwischen ersteren Personen nicht ein Darlehen, sondern Gebrauchsleihe[33] vor. Allerdings, wenn nur die seinerzeitige Rückgewähr von Stücken gleicher Gattung[34] oder des Curswertes zur Zeit der Hingabe stipuliert wäre (§ 990), dann läge ein wirkliches Darlehen[35] in dieser Hingabe.

§ 11.

d) Die Verwandlung anderer Schulden in Darlehen.[1] Nicht selten ist die Vereinbarung, dass dasjenige, was ein Schuldner dem Gläubiger aus irgend einem anderen Rechtsgrunde zu leisten hat, hinfort als Darlehen geschuldet sein solle.[2] Den Vorgang, welcher

[30] Seine Annullierung wegen Wuchers ist natürlich nicht ausgeschlossen.

[31] S. E. v. 6. Sept. 1851 G. Z. 1854 Nr. 98.

[32] Vgl. einen ähnlichen Fall Slg. 10799.

[33] Wenngleich kein ganz gewöhnliches Commodat (s. unten § 26), noch weniger aber ein Depositum: Slg. 1608.

[34] So in dem erwähnten Falle Slg. 1608.

[35] Ein Darlehen, bei welchem der weitere, juristisch gleichgiltige, Zweck des Entlehners ausgedrückt erscheint.

[1] Über die allmähliche Anerkennung dieser Form im römischen Rechte s. Windscheid II § 370 N. 11, Huschke S. 63 ff., Schloßmann l. c. S. 538 f., Dernburg P. II S. 226. Ausdrücklich erwähnt dieselbe sächs. Gb. § 1071, D. Entw. § 454 (dazu Mot. II S. 312). Für das preußische Recht wird die Möglichkeit solcher Darlehensbegründung geleugnet von Gruchot XII S. 677, Koch R. d. Fordg. III S. 308 f. (s. dagegen Dernburg Pr. R. II S. 38 N. 14, Förster-Eccius II S. 276 N. 6). Allein Pr. L. R. I, 11 §§ 866 f. (vgl. § 742 das.) läßt sich sehr wohl nur auf Schuldscheine mit fictiver Darlehenscausa beziehen (s. Text unten).

[2] Eine Novation mit Personenwechsel (welche trotz § 1376 auch nach österr. R. möglich ist: Unger in Grünhut's Ztschr. XV S. 556 N. 3, Sp. R. Nr. 9) kann hier nicht in Betracht kommen wegen § 991; vgl. oben § 10 zu a und b. Slg. 104.

sich hier abspielt, die Auflösung eines bestehenden Obligationsverhältnisses, und Substituierung eines auf einem anderen Rechtsgrunde beruhenden, kennt das a. b. Gb.[3] (§ 1376) als Neuerungsvertrag unter „Verwechselung des Rechtsgrundes", die Theorie nennt ihn „Schuldverwandlung",[4] „unechte Novation".[5] Der „Verwandlung" anderer Schulden gerade in Darlehensschulden durch bloßen Vertrag steht aber die Natur des Realcontractes nicht entgegen.[6] In vielen der hieher gehörigen Fälle überläßt einfach der Eigenthümer seine dem anderen (Depositar, Mandatar) anvertrauten Sachen, insbes. Geldsummen, statt sie herauszubegehren dem letzteren als Darlehen (§ 959); die Erklärung der „Schuldverwandlung" ist hier zunächst „Erklärung" der Eigenthumsübergabe (§ 428), brevi manu traditio; das Darlehen entsteht somit durch directe Hingabe.[7] Anders, wenn nicht eine auf bloße Rückstellung des Eigenthums gerichtete, sondern eine Obligation zu einer Zahlung im e. S. in dieser Weise noviert werden, z. B. die Schuld aus depositum irregulare. aus einem Kaufe, einer Abrechnung „als Darlehen stehen bleiben" soll. Eine wirkliche Eigenthumsübertragung anzunehmen, wäre hier reine Fiction.[8] Allein ein „Capital" wird auch hier vom Gläubiger dem Schuldner zur Nutzung überlassen, das Capital nämlich, welches der Darleiher als Forderung bei dem Entlehner selbst ausstehen hatte.[9] Die Hingabe des Darlehens vollzieht sich in der Befreiung des letzteren von seiner bisherigen Schuld, resp.

---

[3] Vgl. auch §§ 959, 998; Wg. Gb. III § 527 hatte geradezu die Verwandlung einer Kauf- in eine Darlehensschuld als Beispiel der Novation angeführt; dasselbe thun die Commentatoren des § 1376, Zeiller IV S. 56, Rippel VIII, 2 S. 4, Stubenrauch II S. 734, vgl. Unger l. c. S. 556 N. 5; dagegen freilich Hruza l. c. S. 39 f. Auf dem Gebiete des gemeinen Rechts wird man dies allerdings nicht Novation nennen können — s. Windscheid II S. 370 N. 2, Brinz II S. 477 N. 14; vgl. Hruza Lehre v. d. Nov. S. 34 — aber das thatsächliche Vorkommen solcher Geschäfte läßt sich nicht läugnen; L. 9 § 9, L. 15 D. de R. C. 12, 1, L. 72 pr. D. de C. E. 18, 1.

[4] So nennt die Fälle Sintenis II § 105; vgl. Buhl Anerkennungsvertr. S. 62 ff., Pfaff Geld als Mittel S. 40 N. 85, Unger l. c. S. 554.

[5] So Unger l. c. S. 554.

[6] Zu weit gehen daher die Behauptungen von Endemann D. Handelsr. S. 661 N. 9, Goldschmidt Jhrb. f. Dogm. XXIV S. 103, Hruza l. c. S. 35 f., Salpius Novat. u. Deleg. S. 326; s. auch unten N. 8.

[7] Vgl. oben S. 71. — Dagegen ist es offenbar falsch, auch in den im Texte folgenden Fällen eine traditio brevi manu anzunehmen, und sich dabei auf § 959 zu berufen; so z. B. die 1. Instanz Slg. 1714; dann Winiwarter IV S. 180.

[8] Deshalb ist aber nicht das „Darlehen ein fingiertes", wie Cohn S. 844 f. will (s. auch die das. N. 91 Citierten); vgl. Hasenöhrl II S. 524 N. 38.

[9] So kann eine Wechselschuld in Darlehen verwandelt werden: Slg. 8931. Verwandlung mehrerer getrennt zugezählter Darlehen in Eines? Slg. 11238.

dem Verzichte des ersteren auf seine bisherige Forderung. Auch hier entsteht daher ein wahres Darlehen.[10]

Im Einzelfalle freilich hat die Auslegung stets zu prüfen, ob nicht trotz der gleichen äußeren Erscheinung des Geschäfts der Zweck desselben ein anderer ist. So kann

α) die Absicht zwar dahin gehen, die alte Schuld aufzuheben und eine neue zu schaffen, jedoch so, daſs diese neue nicht die Darlehenscausa ernstlich in sich aufnimmt, sondern lediglich zum Zwecke der Tilgung jener begründet ist, als abstracte Obligation — eine „echte Novation",[11] kein Darlehensvertrag;

β) es kann aber auch überhaupt die Absicht zu novieren fehlen, eine neue Schuld neben die alte gesetzt werden wollen (cumulative Novation); dieser Vertrag kann schon deshalb niemals eine Darlehensschuld schaffen, weil es ihm an jeder „res" mangelt,[12] er enthält nur ein Zahlungsversprechen oder eine Anerkennung;

γ) es mag endlich sein, daſs schlechthin kein neuer Obligationsgrund gewollt ist, sondern bloß Creditverlängerung,[13] oder etwa nur Beweissicherung für die schon bestehende Schuld.

In all diesen Fällen entsteht kein Darlehen, mag auch der Parteiwille den Ausdruck der Ausstellung eines Darlehensschuldscheines wählen;[14] die Darlehenscausa ist hier eine lediglich fictive,[15] der wirkliche Geschäftszweck der maßgebende (§ 916). Das häufige Vorkommen solcher Scheingeschäfte darf aber nicht zu der Behauptung verleiten, es könne gar nicht eine Verwandlung in ein wirkliches Darlehen gewollt oder gesetzlich zulässig sein.[16]

[10] Wie die Hingabe durch Cession der Forderung gegen einen dritten erfolgen könnte, so besteht sie bei der unechten Novation in dem Erlaſs der Forderung gegen den Entlehner selbst; nur steht im letzteren Falle nicht wie im ersteren (s. oben § 10) § 991 entgegen, da der Schuldner sich ohne Verstoß gegen die bona fides nicht darauf berufen kann, daſs es nicht sicher sei, ob seine Schuld im vollen Betrage eingehen würde.

[11] Unger l. c. S. 554, S. 557 N. 9, S. 558 N. 11. Nicht zuzugeben ist jedoch, daſs stets nur dies gemeint sein könne, wie Bähr Anerkennung (2. Aufl.) § 62 a will.

[12] Da die alte Schuld fortbesteht, so erhält der Schuldner keine freie Verfügung über ein Capital.

[13] Vgl. oben S. 28 f. über die praktischen Unterschiede; vgl. Strohal in Grünhut's Ztschr. X S. 411; bedenklich Hruza l. c. S. 88 f. Dafür, daſs das bloße „Creditieren" noch nicht Novation sein muſs, kann man sich auf § 1379 berufen; s. Unger l. c. S. 554.

[14] Näheres darüber unten § 21.

[15] Unger l. c. S. 558 N. 11; das alltägliche Vorkommen solcher Fiction erklärt sich — unter anderem — auch durch die landläufige Identificierung von „Schuldschein" und „Darlehensschuldschein"; s. z. B. die Auffassung von § 114 a. G. O. unten S. 163; vgl. Souchay Arch. f. d. civ. Prax. X S. 145: „ein gewöhnlicher Schuldbrief setzt ein Darlehen voraus".

[16] Dies gegen Hruza l. c. S. 88 ff.; s. gegen ihn Strohal l. c. S. 411 f., auch oben N. 11.

§ 12.
C. Darlehen zwischen Ehegatten.

1. Ausnahmsweise[1] ist die Giltigkeit zwischen Ehegatten geschlossener Darlehensverträge bedingt durch die Beobachtung der besonderen Form der „Aufnahme eines Notariatsactes über dieselben": § 1, lit. b **Gesetz v. 25. Juli 1871**, R. G. B. 76.[2] Damit Julian. sind alle, aber auch nur die Verträge getroffen, durch welche ein Ehegatte Darlehensschuldner des anderen werden soll. Im Falle des Abschlusses durch Stellvertreter, oder bei indirecter Hingabe[3] durch Mittelspersonen, ist somit entscheidend das persönliche Verhältnis nicht des Vertreters[4] oder des dritten, von welchem bez. an welchen die Valuta gegeben wird, sondern das Verhältnis der Person, auf deren Rechnung das Capital gegeben bezw. genommen wird, zu dem anderen Contrahenten. Dem Notariatszwange unterliegen Darlehen zwischen von Tisch und Bett geschiedenen,[5] nicht aber zwischen dem Bande nach getrennten Ehegatten, und nicht Verträge zwischen dem einen Gatten und der Concursmasse des anderen.

2. Der Notariatsact ist aufzunehmen über die Willenserklärung der Contrahenten, den obligatorischen Consens, nicht die Zuzählung (res). Letztere braucht daher nicht vor dem Notare zu erfolgen,[6] noch in der Urkunde bestätigt zu sein. Die entgegengesetzte, strengere Auslegung des Gesetzes würde praktisch dennoch wertlos

---

[1] Vgl. oben S. 67.

[2] Das Gesetz ist dermalen noch nicht in Wirksamkeit in der Bukowina, in Salzburg und Tirol mit Ausnahme der Gerichtssprengel von Trient und Rovereto. Vgl. Kaserer Österr. Ges. m. Material. Bd. 43 S. 10 über den Beginn der Wirksamkeit in den verschiedenen Kronländern.

[3] In den oben S. 81 f. erörterten Fällen — Übergabe von Sachen zum Verkaufe — wird in diesem Punkte die Construction als einheitliches Darlehensgeschäft praktisch bedeutsam. Wäre z. B. (s. § 10 N. 24) der Vorgang auseinanderzulegen in Mandat und Überlassung des Eingebrachten als Darlehen, so wäre der Notariatsact nicht über ersteres, sondern über letzteres — und natürlich erst bei Feststehen der Ziffer dieses Erlöses — aufzunehmen, eine gewiss unhaltbare Consequenz. — Die Darlehensbegründung durch „Schuldverwandlung" (s. oben § 11) bedarf natürlich gleichfalls der Notariatsform. Vgl. dazu Gruchot XII S. 702 f.

[4] Vgl. bezüglich einer sehr ähnlichen Frage (§ 3 Z. 4 Anf. Ges.) Krasnopolski Anfechtungsrecht S. 40 N. 3.

[5] Obgleich der gesetzgeberische Grund, das intime Verhältnis der Contrahenten, hier entfällt, bleibt es doch wahr, dass die geschiedenen Ehegatten „noch Ehegatten sind": Menzel Anfechtungsr. S. 160, Krasnopolski l. c. S. 40. Vgl. Anders Familienr. S. 149 N. 7; ferner bezüglich noch nicht rechtskräftiger Ehetrennung Menzel l. c. S. 160 N. 5. Die Putativehe dürfte der wirklichen Ehe mit Rücksicht auf obige ratio legis gleichzustellen sein; so Krasnopolski l. c., Cosack Anfechtungsr. S. 122, A. M. Menzel l. c. S. 160.

[6] Der Realcontract als solcher kann seinem Wesen nach nicht Inhalt einer Vertragsurkunde sein — s. Krainz II 1 S. 207 —, nur von einer Beweisurkunde über die Zuzählung der Valuta

sein, da der Notar niemals in der Lage wäre, zu controlieren, ob die vor ihm vollzogene Übergabe der Darlehensvaluta nicht gleichwohl bloßer Schein sei. Sie würde überdies fast alle Formen indirecter Darlehenshingabe zwischen Ehegatten ausschließen,[7] oder doch praktisch beseitigen.[8]

Neben dieser, lediglich die Form des Vertragsschlusses, nicht dessen Beweis, betreffenden enthält das citierte Gesetz allerdings noch die weitere Vorschrift: „Schuldbekenntnisse, welche von einem Ehegatten dem anderen abgegeben werden," bedürfen zu ihrer „Giltigkeit" der Notariatsform. Die Außerachtlassung dieser Solennität berührt ihrerseits nicht die Giltigkeit des Vertragsabschlusses.[9] Ist also über den Darlehensvertrag selbst ein Notariatsact aufgenommen, so genügt dies, und der Beweis der Zuzählung kann auch anders als durch eine in diesem Acte enthaltene Bestätigung erbracht werden, etwa durch Zeugen.[10] Nicht in diese Form gekleidete Empfangsbekenntnisse oder Schuldscheine[11] aber entbehren der Beweiskraft, und dasselbe muss vom Geständnis und wohl auch der Eidesdelation gelten.[12]

könnte die Rede sein. Ob aber bei Unterbleiben dieser Beurkundung vor dem Notare nicht der ganze Darlehensvertrag als ungiltig zu betrachten sei, lässt sich bei der unvorsichtigen Stilisierung des Ges. v. 25. Juli 1871, welche von „Giltigkeit" auch bezüglich bloßer Beweisurkunden spricht (§ 1 lit. c), durch Gesetzesauslegung geradezu nicht finden. Entscheidend scheint mir daher die im Texte folgende praktische Erwägung. Vgl. darüber Kirchstetter S. 485 N. 12; wogegen nicht überzeugend Ztschr. f. Notar. 1879 Nr. 21. Die Spruchpraxis anerkennt übrigens indirect den hier vertretenen Standpunkt, indem sie die nachträgliche Aufnahme eines Notariatsactes nach vorläufiger Errichtung einer Privaturkunde über die im § 1 Ges. v. 25. Juli 1871 genannten Geschäfte gestattet: E. v. 24. Dec. 1872 Spr. N. 33 (Slg. 4815), Slg. 4563, 4654; dagegen wieder Ztschr. f. Not. 1872 Nr. 22 u. 46.

[7] So Hingabe von Wertsachen zum Verkaufe; letzterer kann selbstredend nicht vor dem Notar erfolgen. Die Novation durch Darlehensschuldschein bedarf übrigens, auch wo die Darlehenscausa bloß fingiert ist (s. oben S. 86) des Notariatsactes als ein „Schuldbekenntnis" zwischen Ehegatten; vgl. Kirchstetter zu § 1001. Dass Wechselforderungen zwischen Eheleuten dem Notariatszwange nicht unterliegen, ist klar; s. Slg. 7462, 11061.

[8] Indirecte Hingabe durch oder an dritte wäre nur möglich unter Intervention auch dieses dritten bei Aufnahme des Notariatsactes!

[9] Auf einer Verwechselung beider Fragen beruht es, wenn Stubenrauch II S. 346 die Normen über Darlehen zwischen Ehegatten bei § 1001 erörtert. Unklar auch Slg. 10397. Richtig Ullmann in Grünhut's Ztschr. IV S. 92, Ogonowski Ehegüterr. I S. 413.

[10] Ullmann l. c. S. 92, 101 N. 15; österr. Civilpr. S. 282; Slg. 10912; unklar dagegen E. v. 3. Jan. 1888 G. Z. Nr. 10.

[11] Zu den Unklarheiten des Ges. v. 25. Juli 1871 gehört es, dass zwischen Beweis- und Dispositivurkunde nicht geschieden ist, daher es zweifelhaft bleibt, ob unter die gesetzliche Sanction auch die Empfangsbestätigung ohne jede Schulderklärung fällt.

[12] Kirchstetter S. 578 N. 2; Ullmann Civilpr. S. 282.

3. Der ohne die gesetzliche Form geschlossene Darlehensvertrag ist ungiltig,[13] er vermag nur eine Naturalobligation schwächster Wirkung zu erzeugen, welche nicht durch Pfandrecht oder Bürgschaft befestigt, nicht zur Compensation[14] eingewendet werden, nicht als Grundlage einer Novation[15] dienen kann. Das thatsächlich Hingegebene kann von dem Darleiher vindiciert,[16] oder bei Eigenthumserwerb oder Consumtion seitens des Entleihers mit condictio sine causa zurückgefordert werden.[17] Nur wenn, und so weit, das Darlehen freiwillig vertragsgemäß zurückgezahlt ist, ist die Rückforderung (condictio indebiti) ausgeschlossen (§ 1432).

Zusatz. Die Tendenz des in Rede stehenden § 1 lit. b des **Ges. v. 25. Juli 1871** R. G. B. 76 gieng dahin, Verkürzung der Gläubiger zu verhindern.[18] Angesichts des äußerst beschränkten Schutzes, welchen das a. b. Gb. (§ 953) wider die fraudatio creditorum bot, war es nicht ungerechtfertigt darauf hinzuweisen, wie häufig gewisse Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten die Schädigung der Gläubiger zum Ziele haben, so insbesondere Darlehen nur den Deckmantel für Schenkungen bilden oder völlig fingiert seien, um den Gläubigern im Concurse des einen Gatten in der Person des anderen einen Concurrenten zu schaffen. Ob nun die Statuierung des Notariatszwanges das richtige Mittel gegen jenes Übel war, darüber soll hier nicht weiter gestritten werden;[19] doch

[13] Nicht bloß nicht klagbar, wie Hasenöhrl I S. 29 will; gegen ihn s. Hruza L. v. d. Novation S. 41 N. 2, Frankl Not. Ztg. 1879 Nr. 5 S. 29 f., Unger in Grünhut's Ztschr. XV S. 376 N. 20 und Slg. 10397. Irrig ist es auch, dass der Formmangel vom Richter nicht von Amtswegen zu berücksichtigen sei, wie Slg. 6122 annimmt.

[14] Unger l. c. S. 375 f. — Ein anderes ist es, dass die vollzogene Compensation gilt; so in dem Falle Slg. 8012.

[15] So Unger l. c. S. 376 N. 22, Strohal in Grünhut's Ztschr. X S. 417 gegen Hruza l. c. S. 108 N. 5. Vgl. auch die oben N. 10 citierte E. v. 3. Jänn. 1888.

[16] Dass die Darlehenshingabe ohne Notariatsform nicht Eigenthum überträgt — im Concursfalle von Wichtigkeit — muss bei dem zwingenden Charakter des Ges. v. 25. Juli 1871 anerkannt werden. Auch wer der Theorie von der Tradition als abstracten Geschäfts huldigt (vgl. dazu oben § 9 N. 30), muss ihr doch hier wegen injusta causa, ähnlich wie bei Schenkungen zwischen Ehegatten nach römischem Rechte, die Wirkung versagen. So auch Ullmann in Grünhut's Ztschr. IV S. 92, 122.

[17] Über die praktischen Unterschiede zwischen dieser condictio und der Darlehensklage s. oben § 4 II; ferner Unger's Rede bei Kaserer l. c. S. 146, Ullmann l. c. S. 123 f., Randa Krit. Vierteljschr. XXI S. 380; auch Slg. 8012 und 10974. — Die Rückforderung des als Darlehen (credendi causa) Gegebenen ist nicht durch § 1432 ausgeschlossen, welcher nur die Leistung solvendi causa betrifft. Irrig daher Ogonowski l. c. S. 413 f. N. 2, aber auch die Behauptung von Pavlicek Klag. aus ungerechtfertigter Bereicherung S. 41 f., dass § 1432 auf die Fälle des Ges. v. 1871 keine Anwendung finde: Die condictio bezüglich des freiwillig Gezahlten ist durch § 1432 ausgeschlossen. Treffend hierüber Frankl l. c. Nr. 5 u. 6.

[18] Kaserer l. c. S. 13, Anders l. c. S. 105.

[19] Das Unzureichende und andererseits die Härten des Gesetzes hatte Unger in der Debatte des Herrenhauses (Ka-

spricht gewiss der Umstand nicht dafür, dass das Gesetz v. 16. März 1884 (§ 3 Z. 2—4, § 30 Z. 2—4) gerade dem Ehegatten des Schuldners gegenüber ein besonders verschärftes Anfechtungsrecht einführen musste. Jedenfalls aber ist nun gegenüber den weitgreifenden Normen des letzteren Gesetzes[20] der Fortbestand der ratio des ersteren höchst zweifelhaft geworden. Hiervon abgesehen sei hier nur Eines hervorgehoben: Der § 1 Ges. v. 25. Juli 1871 schießt gewiss darin über das Ziel, dass er die Außerachtlassung der Solennität mit absoluter Nullität des Darlehens bedroht.[21] Es folgt daraus, dass allemal statt des Darlehensanspruches dem Darleiher, resp. seiner Concursmasse nur die condictio sine causa zusteht. Es handelt sich dabei wesentlich um zwei Fälle: a) Der Ehegatte, der in Concurs verfällt, hatte von dem anderen ein Darlehen erhalten. Lag dabei fraudulose Absicht zugrunde, so scheint zwar die Strenge des Gesetzes begründet, allein, kann die Darlehensforderung als solche im Concurse nicht geltend gemacht werden, so kann es die Bereicherungsklage des Darleihers, und die Fälle sind nicht ausgeschlossen, in welchen dieser Anspruch für die Gläubigerschaft ungünstiger ist als die Klage aus dem Darlehensvertrage.[22] Man denke, dass etwa letzterer unverzinslich geschlossen war, während der Entlehner mit der erhaltenen Darlehenssumme noch vorhandenen Zinsengewinn thatsächlich gemacht hat.[23] Wie widersinnig aber scheint vollends der Erfolg, falls jenes Darlehen in Wahrheit kein fraudulöses war, sondern ein Nothgeschäft, das dem ins Schwanken gerathenen Gewerbe des anderen Ehegatten Hilfe bringen sollte und vielleicht gebracht hätte, während so der Darleiher das Gegebene jeden Augenblick zurückfordern kann![24] — b) Der nachmalige Cridar hatte seinem Ehegatten das Darlehen gegeben. Wiederum wird die Concursmasse nicht den Vertragsanspruch, aber die Bereicherungsklage erheben — auch dies nicht immer ein Vortheil für sie, so z. B. wenn das Darlehen verzinslich war, während unter dem Titel der Bereicherung ein Anspruch auf Zinsen nicht besteht.

§ 13.

D. Verbotene Darlehensverträge.

1. Von den Schranken abgesehen, welche durch die allgemeinen Grundsätze über Handlungs- und Dispositionsfähigkeit[1] oder durch die Verfassungen von Gemeinden und anderen juristischen Personen[2] der Anlage oder Aufnahme von Capitalien gezogen sind — worüber

---

ferer l. c. S. 137 ff.) vergeblich geschildert.

[20] Sowie der im Anfechtungsprocesse geltenden freien Beweiswürdigung (§ 48 Anf. Ges.).

[21] Vgl. Unger l. c. S. 147.

[22] Vgl. Ullmann l. c. S. 123 f., 148 f.

[23] S. oben § 4 N. 32.

[24] Vgl. Slg. 10974.

[1] Vgl. z. B. bezüglich Ordensgeistlicher Slg. 4342, 9079, 11165.

[2] Vgl. etwa die bei Manz zu § 867 angeführten Normen.

hier nicht weiter zu handeln ist — kennt das österreichische Recht nur wenige und wenig einschneidende specielle Verbote des Abschlusses von Darlehensverträgen. Vor allem ist das wichtigste der gemeinrechtlichen Darlehensverbote,[3] das S. C. Macedonianum beseitigt.[4] Im übrigen sei an dieser Stelle[5] nur kurz erwähnt:

a) Durch § 6 des, seither oftmals republicierten und in diesem Punkte auch durch das a. b. Gb. (s. Kundm. Pat. Abs. 7) nicht außer Kraft gesetzten[6], sog. Schuldenpatents v. 2. Juni 1753[7] ist es verboten, „einem Unterofficiere oder gemeinen Soldaten etwas zu borgen oder vorzuleihen", widrigens derselbe gestraft und „auf das solchergestalt vorgestreckte Quantum keine Rücksicht genommen werden" soll. Immerhin entspringt aus derartigen Darlehen eine Naturalobligation. Die Absicht der angeführten Gesetze ist, zu verhindern, dass der Soldat wegen Schulden gerichtlich verfolgt und insbesondere auf seine Löhnung Execution geführt werde. Daher ist seine Obligation nicht klagbar, nicht compensationsfähig, sie kann, so lange die Eigenschaft des Schuldners als Soldat währt, nicht die Grundlage von Geschäften bilden, welche zu einer Klage gegen dessen Person führen würden, somit nicht von Zahlungsversprechen, Novation und gewöhnlicher Bürgschaft; allein sie kann vom Schuldner freiwillig bezahlt (§ 1432), sie kann von ihm nach Austreten aus dem Militärdienste rechtswirksam anerkannt werden,[8] der für die Schuld eintretende Bürge haftet als Selbstschuldner und ohne Regressrecht (§ 1352, § 896),[9] eine Pfandbestellung endlich an sonstigem Vermögen des Soldaten außer seinen Dienstbezügen ist giltig[10] — im

[3] Andere römische Verbote s. bei Huschke S. 56 f.

[4] Die dem S. C. Macedonianum verwandten Bestimmungen des Wg. Gb. III § 261 und § 262 wurden auf Zeiller's Antrag im a. b. Gb. weggelassen; „die ärgerliche Vermuthung, dass solche Kinder dem Erblasser nach dem Leben streben würden, habe man in Deutschland nie angenommen, sonst könnte man auch die Erbverträge nicht gelten lassen": Ofner II S. 65. — Über das preußische Recht s. Dernburg Pr. R. II § 177. Insbesondere enthält Pr. L. R. I, 11 §§ 678 ff., 704 ff. ausführliche Vorschriften über Darlehen an Militärpersonen und „Personen, die bei den königlichen Schauspielen stehen".

[5] Über Wuchergeschäfte s. unten § 19.

[6] Slg. 8062. Stubenrauch II S. 329 N. 5. Vgl. auch Vdg. v. 23. April 1785 bei Michel II Nr. 1230. Auf Missverständnis der Vdg. v. 23. Sept. 1857 beruht die Ansicht von Dangelmaier Militärprivatrecht S. 49, dass obige Patente aufgehoben seien.

[7] Ges. Maria Theres. II S. 152 ff.

[8] Vgl. Pr. L. R. l. c. § 713; dazu Dernburg l. c. S. 503, Förster-Eccius II S. 292; anders Koch Recht d. Fdg. III S. 314 f.

[9] Vgl. Dernburg l. c. S. 755. Anders natürlich, wenn der Bürge gleichfalls Soldat ist, so in dem Falle der Slg. 8062.

[10] Es folgt dies aus der oben erwähnten ratio des Gesetzes. Vgl. Kirchstetter S. 426 N. 4; Pr. L. R. I, 11 §§ 687 f.; A. h. Entschl. v. 9. Dec. 1843

ganzen eine Naturalobligation von sehr kräftiger Wirkung. Überdies tritt die allgemeine Ersatzpflicht im Falle der Irreführung des anderen Contrahenten (§ 866) auch hier ein.[11]

b) Das Verbot (§ 1 des cit. Schuldenpat. v. 1753) für Subaltern-Officiere, Darlehen ohne Bewilligung ihres Vorgesetzten aufzunehmen, ist heute nur mehr eine lex minus perfecta: Der Entlehner wird straffällig, die Darlehensschuld aber ist giltig und executionsfähig.[12]

c) Nicht ohne Interesse für die Frage der Trennung der verschiedenen „stationes fisci" ist die Vorschrift des Hfdcr. v. 25. October 1826 (Pol. G. S. Bd. 54), wonach allen Staatscassen verboten ist, von anderen ärarischen Cassen Gelder, Naturalien oder Materialien zu entlehnen.

d) Aus § 78 der Gewerbegesetznovelle v. 8. März 1885 R. G. B. 22[13] ergibt sich, dass die Novation der Lohnforderungen gewerblicher Hilfsarbeiter unzulässig, daher auch deren „Verwandlung" in ein Darlehen ungiltig ist.

2. Vielfach wird auch — mit Unrecht — das (wissentlich) zu verbotenem Spiele gegebene Darlehen als ungiltig bezeichnet und selbst die Rückforderung des Gegebenen ausgeschlossen.[14] Folgende Gesichtspunkte könnten möglicherweise in Betracht kommen:

a) die Klaglosigkeit von Spielschulden (§ 1271). Damit hat jene Behauptung offenbar nichts zu thun;[15] Darlehen ist nicht Spiel.[16]

---

bei Damianitsch Hdb. d. Ges. u. Vdg. S. 324; auch die Analogie des Hdcr. v. 25. Juni 1795 J. G. S. 237 (Michel I Nr. 467) a. E. Zu weit geht es aber, zu behaupten — so Slg. 1353, Hasenöhrl I S. 367 N. 60 — das Darlehen sei überhaupt giltig, falls der Soldat eigenes Vermögen besitze.

[11] Vgl. Pr. L. R. l. c. § 707.

[12] Circ. Vdg. v. 23. Febr. 1859 R. G. B. 37. Anders ursprünglich Hfdcr. v. 23. Sept. 1752 l. c. I S. 396.

[13] Näheres über dies Gesetz s. bei Krasnopolski in Grünhut's Ztschr. XIV S. 312, 320, welcher aber die „Verwandlung" in Darlehen nicht für nichtig zu halten scheint.

[14] So die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Slg. 3995, 5764 und Jur. Ztg. 1884 Nr. 22 (richtig dagegen Slg. 4021, 4144, 4426, 7030, 9959 und G. H. 1890 Nr. 17); Entscheidungen bei Windscheid II S. 618 N. 6a; Glück XI S. 334 ff.; Stubenrauch II S. 610. Die richtige Ansicht vertritt Freudenreich im Jurist XVII S. 202, Zeiller III S. 669, Nippel VIII S. 9, Krainz II 2 S. 332 N. 11.

[15] Es geht nicht an, lediglich aus der ratio der Klaglosigkeit von Spielschulden auf die Klaglosigkeit aller „die Verschaffung von Mitteln zum Spiel bezweckenden Verträge" zu schließen, wie Sintenis II S. 735 N. 5, Förster-Eccius II S. 181, Wilda Ztschr. f. deutsch. R. II S. 190 ff. Dagegen mit Recht H. Schuster d. Spiel S. 210 und die 2. Instanz in Slg. 3995, 5764.

[16] Allerdings kann der Fall so liegen, dass der sog. Darleiher thatsächlich mitspielt, dann ist ihm die Klage zu versagen, so die Fälle Slg. 8488, 9490; auch wird thatsächlich, wenn ein Mitspielender

Auch müsste von diesem Standpunkte das Darlehen zu jedem, nicht bloß zu verbotenem, Spiele für ungiltig erklärt werden.

b) Man meint, wie das verpönte Spiel, so sei auch die Unterstützung des Spielers durch Darlehen gegen die guten Sitten, daher der zu diesem Zwecke geschlossene Darlehensvertrag ungiltig im Sinne § 878.[17] Allein ein Geschäft, dessen causa, d. i. dessen unmittelbarer wirtschaftlicher Zweck, rechtlich anerkannt ist — und ein solches ist das Darlehen — bleibt, so lange kein positives Gesetz das Gegentheil verfügt,[18] giltig, wenngleich im Einzelfalle sein entfernterer Zweck unmoralisch sein sollte.[19] Wo käme man hin, wollte man immer untersuchen, wozu der Darlehenssucher das Geld brauche![20] Die Frage der Mitschuld an dem dadurch etwa geförderten Delicte ist dadurch natürlich nicht berührt.

c) Die hier bekämpfte These reicht aber noch weiter. Die Hingabe des Darlehens zu verbotenem Spiele soll eine datio ob causam, die causa aber eine causa turpis sein, daher sei selbst die Rückforderung des Gegebenen mittelst condictio zu versagen: § 1174.[21] Dabei unterläuft eine ähnliche Verwechselung. Die causa der Darlehenshingabe ist nicht die Bewirkung des Spieles, sondern die causa credendi; nur diese ist es, über welche Consens vorliegt.[22] Oder verpflichtet sich etwa der Entlehner, mit dem Gelde zu spielen? Der Geschäftszweck der Creditgewährung aber ist nichts weniger als eine turpis causa.

---

dem anderen borgt, das Darleihen von dem Creditieren des Spielverlustes kaum zu unterscheiden sein. Ebenso ist die „Verwandlung einer Spielschuld in ein Darlehen" unwirksam, s. die Entsch. G. H. 1888 Nr. 38.

[17] So Schuster l. c. S. 215, Unterholzner II S. 12; im Resultate aber auch Huschke S. 56, obgleich er L. 12 § 11 D. mand. 17, 1 anders erklärt.

[18] So ältere Statuten, z. B. bei Gruchot XII S. 694 f.; so auch noch Wg. Gb. III § 350, § 352. Vgl. Pr. L. R. I, 11 § 714, dazu Dernburg Pr. R. II S. 435.

[19] Unten S. 149 f. wird auf diese Frage noch zurückzukommen sein.

[20] Vgl. Ofner II S. 155 f., Slg. 4021, 4144.

[21] So die 2. Instanz in Slg. 4144, die 1. und 3. Instanz in Slg. 3995 und 5764.

[22] Gut betont in Slg. 4021. Vgl. auch Slg. 4144 und 7030: „nicht das Spiel, sondern nur das gegebene Geld der Gegenstand des Vertrages"; minder treffend Slg. 4426.

IV.
Die Darlehensobligation.
§ 14.
A. Verpflichtung des Darlehensgebers.

Das Darlehen als Realvertrag ist wesentlich einseitig verbindlich; es erzeugt nothwendig eine Obligation nur auf Seite des Empfängers. Von einer Hauptverpflichtung des Creditgebers aus der Darlehenshingabe zu dieser Hingabe[1] kann begrifflich nicht gesprochen werden, auch in dem Sinne nicht, dass er zur Ergänzung oder Verbesserung derselben gehalten wäre.[2]

Wohl aber haftet der Darleiher nach allgemeinen Grundsätzen (§ 1295), wenn er schuldbarer Weise durch mangelhafte Hingabe dem Entlehner Schaden zufügt, für Ersatz. Hatte der Mangel Nichtigkeit des Darlehens zur Folge, so kann diese Haftung, bezw. die Ersatzklage des Entlehners nur eine außercontractliche sein,[3] so z. B. bei Hingabe falschen Geldes, oder einer fremden Sache zum Verkaufe. Entsteht aber gleichwohl ein giltiges Darlehen, so kann heute die Ersatzpflicht des Gebers[4] nicht als Delictsschuld aufgefasst werden, sondern nur als Haftung aus der Darlehenshingabe, aus dem Vertrage — ein Gegenanspruch (actio contraria) ex mutuo,[5] ganz so wie er aus commodatum[6] oder depositum entspringen kann. Wenn das römische Recht solche Gegenklage aus dem Darlehen nicht kennt, so erklärt sich dies theils daraus, dass dem mutuum überhaupt keine specifische Contractsklage entsprang, sondern die abstracte strenge condictio,[7] theils aber aus der naturgemäß geringen praktischen Bedeutung dieser Ersatzansprüche des Darlehensschuldners.[8]

[1] Theoretisch verfehlt ist es wohl auch (so wie Code civ. Art. 1899 s.), im Falle bestimmten Rückzahlungstermines von einer Verpflichtung des Darleihers — nicht zurückzufordern — zu reden. Darin liegt nur eine Hinausschiebung der Fälligkeit seines Anspruches, nicht aber ein Anspruch gegen ihn.

[2] Darin unterscheidet sich eben der Realcontract von dem zufällig durch sofortige Hingabe abgeschlossenen Consensualvertrage. — Dass auch nicht in jeder verfehlten datio eines Darlehens ein pactum de contrahendo mutuo gefunden werden dürfe, s. unten S. 174.

[3] Praktisch wichtig schon wegen der Verjährungsfrist des §. 1489; s. oben § 4 N. 37.

[4] Beispiele: Als volleingezahlt hingegebene Wertpapiere (§ 990), auf welche der Entlehner Nachzahlungen machen muss; schlechtes Getreide, welches der Empfänger mit dem seinigen vermengt.

[5] So auch Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie I S. 408, Brinz II S. 480, Windscheid II S. 429 N. 2, Dernburg P. II S. 229.

[6] Vgl. Code civ. Art. 1898.

[7] Vgl. Brinz l. c. S. 479 f. Inwieweit man heute die Darlehensobligation als stricti juris bezeichnen kann, s. unten § 15 Zus.

[8] Dernburg l. c.; vgl. Stahl Rechts- u. Staatslehre I S. 418 N. *.

§ 15.

B. Die Verpflichtung des Darlehensnehmers (Darlehensschuld).

1. Haftung für das Capital. Der Hauptanspruch aus dem Darlehen, als Realcontract, geht auf Rückerstattung des dem Schuldner, gleichviel in welcher Form, überlassenen Capitals. Soweit die bedungene Leistung etwa darüber hinausgeht, fällt sie unter den Gesichtspunkt von Zinsen.[1] In diesem Sinne hat der Darlehensschuldner genau „ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückzugeben", wie ihm „übergeben" wurde (§ 983, § 992).[2]

Ist nun „tantundem" nicht „idem"[3] zurückzuerstatten, so ist das Schicksal der dem Schuldner gegebenen Stücke für das Rechtsverhältnis gleichgiltig. Deshalb[4] befreit Verlust und Untergang dieser Stücke, oder ihre Verwendung mit unglücklichem Erfolge,[5] den Schuldner nicht von der Zahlungspflicht — er trägt diese „Gefahr";[6] deshalb kann er niemals Gegenansprüche auf Grund seiner Verwaltung des Empfangenen gegen den Gläubiger erheben; deshalb aber können auch letzterem keine weiteren Ansprüche erwachsen auf Grund des Gebarens des Schuldners mit jenen Objecten. Die Obligation gipfelt in dem einen, einfachen Anspruche, wie er durch die Darlehensvaluta (res) unveränderlich gegeben ist, und insoferne mag man das Darlehen auch heute noch ein **negotium stricti juris** nennen. Zusatz.

Die Darlehensschuld ist eine Genusschuld. Geschuldet ist entweder eine Quantität Geldes oder eine Quantität anderer Fungibilien (§ 984).

In ersterem Falle (Gelddarlehen) aber kommt das Geld als der allgemeine Wertmesser und Wertträger, als Repräsentant von

---

[1] Vgl. § 993; „re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit" (L. 17 pr. D. de pact. 2. 14). S. noch unten § 18.

[2] Auf die Fälle des Darlehens ohne directe Hingabe oder des Gelddarlehens durch Hingabe anderer Objecte (§ 990) paßt die Definition des § 983 wörtlich nicht; aber auch nicht § 453 D. Entw. Fast besser Wg. Gb. III § 99.

[3] Es war einmal eine recht überflüssige Streitfrage, ob der Schuldner die empfangenen Stücke in specie zurückgeben dürfe; vgl. Citt. bei Gruchot XII S. 659 N. 2. S. noch Cod. Ther. III Cap. IV Nr. 10 und Savigny Obl. R. I S. 457 f.

[4] Nicht, weil „casum sentit dominus"; s. Wächter Arch. f. d. civ. Prax. XV S. 130 f.

[5] Daß den Gläubiger die Gefahr der Insolvenz des Schuldners trifft („Borgen macht Sorgen" gilt nach beiden Seiten: Grimm Wörterb. h. v.) ist Thatsache, aber kein Rechtssatz; darin unrichtig Knies d. Geld S. 78 f.; s. aber auch Kumpf Tübing. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. XI S. 541. Auch von „vis major" (Finanzkrisis) kann hier nicht die Rede sein; s. Jhering dogm. Jhrb. XVIII S. 119 ff., vgl. L. 1 § 4 D. de O. et A. 44, 7.

[6] Die Gefahr der species. Eine andere „gewöhnlich ganz vernachlässigte Frage" (Huschke S. 234 N. 1) ist die nach der Gefahr des genus. Vgl. unten S. 96

„Capital" in abstracto in Betracht,[7] nicht als Gattungssache wie eine andere. Dabei macht es keinen Unterschied, ob

a) die zu bezahlende Geldart im Vertrage gar nicht;[8] oder
b) durch Angabe von Währung oder Sorte[9] bestimmt; oder
c) eine bestimmte Zahl Stücke einer bestimmten Geldsorte als Gegenstand der Schuld[10] (Münzsortendarlehen)

bezeichnet erscheint. In den beiden letzteren Fällen ist allerdings dem Anspruche auf Rückgabe des „Capitals" der Geschäftsabsicht zufolge eine individuellere Färbung gegeben[11] durch Aufnahme einer Vereinbarung über die Gestalt, in welcher dies Capital dem Gläubiger wieder zugeführt werden soll; aber diese Modalität der solutio ändert nichts daran, dass als Leistungsinhalt (in obligatione) das durch jene Münzsorte repräsentierte Capital gedacht ist, nicht aber diese Sorte als specifisches Gut. Das geschuldete genus ist zuletzt doch „Geld"[12] überhaupt, das Darlehen eine „Summenschuld".[13]

Die praktische Bedeutung dieser Auffassung liegt darin: Auch für die Genusschuld gilt der Satz, dass (casuelles) Unmöglichwerden

---

[7] Vgl. oben § 2; Huschke S. 236 f.

[8] Z. B. im Falle des § 990 wäre nur der „Curswert" der als Darlehensvaluta gegebenen Papiere als geschuldet bezeichnet.

[9] Dass diese Sorte nicht identisch zu sein braucht mit der als Darlehen „gegebenen", s. unten S. 109.

[10] Der Schuldschein lautet z. B. auf 20 Stück österr. Ducaten.

[11] Vgl. oben §. 2 N. 18.

[12] So schon Hufeland, rechtl. Natur d. Geldschulden (1851) S. 16, vgl. Huschke S. 236 ff. Immerhin ist der von den Contrahenten beliebte Ausdruck der Schuld in Stücken einer gewissen Geldsorte (Fall c im Gegensatze zu Fall b des Textes) in anderen Beziehungen nicht ohne Folgen; vgl. § 988 a. b. Gb., § 670 Sächs. Vb., dazu unten S. 121. Vgl. vorläufig Hartmann, rechtl. Begr. d. Geldes S. 110 N. 2.

[13] So bezeichnet z. B. Goldschmidt Handb. d. Handelsr. I S. 1146 die Geldschuld, welche nach dem Ausdrucke des Textes auf Geld als Repräsentanten von „Capital in abstracto" geht. Für das Darlehen ist es dem Gesagten zufolge allerdings richtig, dass die Fälle b und c des Textes nicht principiell verschieden sind (s. aber die vorige Note) und dass auch in letzterem das Geld nicht als „Ware", d. i. als gewöhnliche vertretbare Sache geschuldet werde — Hartmann l. c. S. 109 f., Karlowa Krit. Vierteljhrschr XI S. 555 ff. — zu weit aber geht es, den Unterschied für alle Geldschulden schlechthin zu leugnen, wie Hasenöhrl I S. 216 N. 55; vgl. dagegen Dernburg P. II S. 76, Koch Geld u. Wertpap. (1889) S. 16 f. So kann insbesondere bei Kauf oder Tausch von Geldsorten (dass solcher möglich, s. vorläufig § 1046 und Goldschmidt l. c. S. 1104, Hartmann l. c. S. 40 ff.), so nahe verwandt diese Geschäfte mit dem Darlehen sind, die Verpflichtung zur Lieferung der erstandenen Geldsorte als echte Genusschuld bezeichnet werden; die Gefahr der Außerverkehrsetzung dieser Sorte trifft daher nicht, wie bei Münzsortendarlehen, schlechthin den Verpflichteten, sondern stellt nach § 1048 die Existenz des ganzen Geschäfts in Frage; vgl. dazu Fr. Hofmann Periculum b. Kaufe S. 64 ff.

der Erfüllung die Obligation aufhebt; solche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die ganze Gattung aufgehört hat zu existieren — diese Gefahr trägt der Gläubiger.[14] Wäre also im Falle des Münzsortendarlehens (oben c) nur die bedungene Sorte das geschuldete genus, und würde diese Sorte aus dem Verkehre verschwinden, so wäre die Darlehensschuld erloschen.[15] Allein der Zweck des Gelddarlehens ist eben die Creditierung von Capital schlechthin. So lange irgend ein „Geld" existiert, ist die geschuldete Gattung daher nicht außer Verkehr, die Schuld besteht fort und ist in (anderem) Gelde zu zahlen,[16] wenngleich die bedungene Modalität der Leistung entfallen muss. So die Auffassung des Verkehrs, so auch die Gesetzgebung: § 989.[17] Bei Gelddarlehen trägt demnach der Schuldner die Gefahr der Außerverkehrsetzung der geschuldeten Geldsorte. Anders, wo von vornherein nicht Geld, sondern andere vertretbare Sachen als Gegenstand der Creditierung erscheinen. Hier ist in der That nicht „Capital" im eigentlichen Sinne, sondern nur diese Gattung von Gütern Object der Gebrauchsüberlassung und der Schuld.[18] Hier trifft denn auch obige Consequenz zu: Bei Untergang der ganzen Gattung ist der Schuldner frei — der Gläubiger trägt die Gefahr. Dies anerkennt § 992, welcher jedes Fallen des Wertes der geborgten Fungibilien, somit auch die gänzliche Entwertung der Gattung, dem Gläubiger zur Last legt.

Zusatz. Während der Gegensatz des **negotium stricti juris** und bonae fidei von vielen schlechthin für veraltet erklärt ist,[19] wollen andere ihn auch für das heutige Recht[20] gelten lassen, und insbesondere

[14] So ohne weitere Durchführung Schoberlechner G. Z. 1889 S. 245. — „Genus perire non censetur" ist eine alte, aber bedenkliche Regel; s. Jhering dogm. Jhrb. IV S. 394; Huschke S. 234; Dernburg P. II S. 72.

[15] Ganz inconsequent ist es, wenn man einmal in solchen Fällen die Münzsorte als „Ware" behandelt, bei Außercurssetzung derselben den „Metallwert" als geschuldet zu erklären, wie dies z. B. Pfeiffer Prakt. Ausführungen I S. 66 thut; vgl. auch Ofner II S. 66.

[16] In welcher Weise s. unten § 17 c. — Jedenfalls ist dies directe Zahlung, nicht Schadenersatzleistung, wie Hasenöhrl I S. 239 meint.

[17] Die Norm des § 989 ist also nicht contra rationem juris, wie Kirchstetter S. 484 N. 9 anzunehmen scheint.

[18] Soweit diese Güter nicht als „Gelddarlehen" (§ 990) gegeben waren.

[19] So von Älteren Glück IV S. 254 und die das. N. 72 Citierten (nicht so entschieden Höpfner Comm. über die Heinecci'schen Instit. § 751 und § 1135, woselbst namentlich auf den Wechsel hingewiesen wird). S. ferner Stutenis I S. 275 ff.; Savigny V S. 137 f., Wächter Erört. II S. 112 ff., Arndts § 100, Pothier Traité du prêt (Oeuvr. Tom. V) p. 412, Hasenöhrl I S. 317 N. 1.

[20] Die Frage steht für das österreichische gerade so wie für das gemeine Recht, da unser Gesetz nicht über sie spricht, wie etwa Cod. Max. Bavar. Th. IV Cap. 1 § 4, Code civ. Artt.

das Darlehen zu ersterer Gruppe zählen.[21] Es gilt, dabei das historisch Zufällige des römischen Gegensatzes zu trennen von dem in der Natur der Rechtsverhältnisse Gelegenen; dies für die zwei Fragen: Welche Obligationen führen zum judicium strictum, und welche Rechtsnormen müssen diesem judicium eigen sein? — Wie schon anderwärts betont,[22] führt die Individualisierung der Obligationen durch ihre causa zu einem Gegensatze, der sich dann spiegelt in dem Contraste der Actionen:[23] Auf der einen Seite Verhältnisse, in welchen das Interesse der Betheiligten mannigfache Ansprüche und Gegenansprüche postuliert,[24] Ansprüche, welche das Recht gar nicht abstract fixieren kann, sondern bloß insgesammt anerkennt durch die Sanction, die es dem betreffenden Verkehrszwecke gewährt. „Quidquid dare facere oportet ex fide bona", d. h. was der redlichen Verkehrsanschauung von diesem Geschäftszwecke[25] entspricht, das kann der eine vom anderen beanspruchen, das hat der Richter im einzelnen Falle zu ermessen; daher negotium und judicium bonae fidei. Auf der anderen Seite obligatorische Vorgänge, die zu einem einfachen, einzigen Anspruche führen,[26] bestimmt nach Existenz und Umfang durch dessen Entstehungsgrund. Der Richter hat lediglich jenen aus diesem zu folgern; daher negotium und judicium stricti juris. Von einer Kategorie von Geschäften ist es klar, dass sie nur eine derartige einfache Obligation erzeugen können und müssen. Das sind die abstracten Verpflichtungen.[27] Sie verschweigen die Geschäftscausa, der sie dienen sollen. Aus dieser causa auf Umfang, Erweiterung oder Einschränkung von Ansprüchen oder Gegenansprüchen zu schließen, ist daher begrifflich unmöglich;[28] so in Rom bei stipulatio, expensilatio u. a., so auch bei der abstracten Schuld des heutigen Rechts, etwa aus Wechsel oder „Bon". Das römische Recht rechnet nun aber noch andere Obligationsverhältnisse zu den „strengen", so insbesondere das Darlehen — wovon später die Rede sein soll — und die condictiones sine causa. Hier ein paar Worte nur über letztere. Wenngleich der Gegenstand dieser Ansprüche zunächst gegeben ist durch das, was sine causa ge-

---

1134 s., Cod. Ital. Art. 1124 oder D. Entw. § 359.

[21] So Eichhorn D. Privatr. § 92 N. b, Unterholzner I S. 8, Brinz I S. 273, Windscheid I § 46, bes. N. 5, Schiffner Heft 5 S. 173; übrigens vgl. unten N. 44.

[22] Schey, Struct. d. Forderungsrechte, in Grünhut's Ztschr. IX S. 380 ff.

[23] Dies verkennt Savigny Obl. R. II S. 15, wohl auch Kuntze Curs. § 640; s. dagegen Wächter l. c. S. 61 f.; über bonae fidei und stricti juris „actio" s. Gradenwitz Interpolationen S. 106 f.

[24] S. die Ausführung betreffs der Kaufforderung in Grünhut's Ztschr. l. c. S. 393 ff.

[25] Vgl. die vorzügliche Darstellung bei Bechmann Kauf I S. 616 ff., bes. § 88.

[26] Einfachheit und Vielfältigkeit macht den Gegensatz aus, nicht bloß Einseitigkeit und Gegenseitigkeit der Ansprüche, welche in den Vordergrund gestellt zu werden pflegen, so von Heimbach in der Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. VI S. 66 ff., Bangerow I S. 200, Wächter l. c. S. 82 ff., auch Brinz II S. 55; s. dagegen Savigny Syst. V S. 508, Baron Condiction. S. 8, Bechmann l. c. S. 650

[27] Schey l. c. S. 390 f.

[28] Vgl. Bechmann l. c. S. 640 f.

leistet wurde,[29] so genügt doch die Erwägung, dass dieser Anspruch sich zurückziehen kann auf das, was als „Bereicherung" geblieben ist, dass sich zu dem Hauptanspruche Ansprüche auf den Zuwachs der ursprünglichen Bereicherung hinzugesellen, dass sich ihm Gegenansprüche wegen etwaiger Impensen entgegenstellen können, um zu zeigen, dass hier gerade das Charakteristische der actio bonae fidei zutrifft.[30] Dass trotzdem diese „ex bono et aequo" abgeleiteten Ansprüche dem judicium strictum zugewiesen waren,[31] ist also gewiss nur geschichtlich zu erklären und für das moderne Recht nicht maßgebend. Interessant aber ist es, zu beachten, wie der Grund jener Anomalie des classischen Rechts darin lag, dass eben diese aus der Billigkeit entspringenden Klagen processual nicht anders untergebracht werden konnten, als in der abstracten Klagform der „condictio", einer Klagform, welche, eben weil sie die causa des geltend gemachten Anspruchs nicht nannte, zur Aufnahme jedes Begehrens taugte.[32] Auch hier also war die „Strenge" Corrolar der Abstractheit der Forderung, wenngleich diese Abstractheit nur im Processe begründet.

Von den einzelnen Differenzpunkten[33] zwischen dem judicium stricti juris und bonae fidei des römischen Rechts sind so manche nur aus dem nun einmal feststehenden Gegensatze zwischen der Vollmacht des judex und des arbiter zu verstehen,[34] der für das heutige Recht nicht mehr von Belang ist. Dahin gehört es, dass der Richter im judicium strictum ursprünglich keine Verzugszinsen zusprechen, dass er das Ortsinteresse nicht beachten, dass er ausnahmslos nur nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation Recht sprechen konnte, dahin aber auch, dass er den Vertrag streng wörtlich zu interpretieren hatte,[35] woraus dann wieder in älterer Zeit gefolgert wurde, dass nur directe Verletzung der Vertragspflicht nicht culpa in non faciendo berücksichtigt werden dürfe. Wenn dagegen

---

[29] Vgl. oben S. 41 f.

[30] Nämlich die genaue Berücksichtigung der causa, wenngleich nach ihrer negativen Seite, vgl. Wächter l. c. S. 101. Auch hier ist das Resultat des „officium judicis", dass Gegenstand des Klagepetits und des Erkenntnisses „häufiger als bei anderen Klagen sich nicht decken": Pfaff G. Z. 1868 S. 121.

[31] Die ältere Theorie konnte sich mit diesem scheinbaren Widerspruche nicht zurecht finden; vgl. Pavliček Lehre v. d. Klagen aus ungerechtf. Bereicherung S. 69 N. 3 S. 77; Gradenwitz Interpolat. S. 108 f.

[32] S. besonders Baron Die Condictionen § 1 und § 5.

[33] S. dieselben bei Wächter l. c. S. 46 ff., Vangerow I § 139.

[34] Über den genetischen Zusammenhang zwischen judicium, actio certa, Formalgeschäft als Grund der actio (vgl. im Texte unten einerseits, arbitrium, actio incerta, formlosem Geschäfte anderseits kann noch immer auf Keller Civilproc. § 88 verwiesen werden; vgl. auch Serafini-Arndts I § 100 N. 15.

[35] Die Natur der strengen Obligation, ihre Einfachheit und zumeist die formale Art ihrer Entstehung — man denke an heutige Scripturobligationen — hat nur zur Folge, dass das Feld der Auslegung ein kleineres ist, nicht aber, dass andere Grundsätze für dieselbe zur Anwendung kommen müssen; vgl. Bechmann l. c. S. 634. Ob nicht das Haften der Interpretation am Worte überhaupt der älteren römischen Auffassung entsprach? S. Gradenwitz l. c. S. 170 ff., dazu aber Lenel, Ztschr. d. Sav. Stift. IX S. 182 f.

die Römer sagen, im bonae fidei judicium liege die Beachtung von Gegenansprüchen aus dem betreffenden Verhältnisse[36] schon im officium judicis, ohne dass sie durch besondere exceptio geltend gemacht zu sein brauchten wie im judicium strictum; wenn sie in letzterem auf nicht ausdrücklich stipulierte Ansprüche keine Rücksicht nehmen, während ihnen im bonae fidei judicium alles als gewollt gilt, was der bona fides dieser Geschäftsart entspricht; so liegt dieser Gegensatz in der That in der Natur derjenigen Obligation, welche oben als Muster der „strengen" hingestellt ist, der abstracten Obligation, tief begründet; denn der wirtschaftliche Zweck des Verhältnisses, aus welchem der Richter derartige Folgerungen ziehen könnte, liegt ihm hier gar nicht vor.[37] Diese Sätze sind daher auch für unsere heutige „strenge" Obligation wahr. Allerdings trat im classischen Rechte, die Strenge verschärfend, noch hinzu die formale Natur der Verträge, aus welchem derartige Obligationen entsprangen. Darauf insbesondere beruhte wohl die gänzliche Wirkungslosigkeit der pacta adjecta bei negotia stricti juris.[38] Allein es darf bei dieser Gelegenheit nicht verschwiegen werden, dass dieses Zusammentreffen der strengen Verpflichtung mit dem formellen Verpflichtungsacte kein zufälliges ist.[39]

Kehren wir nun zurück zu dem Darlehen, so ist nicht zu verkennen, dass das gewöhnliche unverzinsliche Darlehen seiner causa nach zunächst nur einen einzigen Anspruch mit Nothwendigkeit verlangt, gerichtet auf Rückgabe des Capitals, ein certum,[40] durch den Entstehungsgrund der Obligation (die „res") gegeben, wie bei der Stipulation durch die „verba"; oder dass der Schuldner nicht, wie etwa der Commodatar, für diligentia haftet oder „causa rei".[41] Aber — wenngleich praktisch selten — gänzlich ausgeschlossen sind Gegenansprüche aus der Dar-

[36] Das „doli exceptio inest bonae fidei judiciis" (L. 21 i. f. D. sol. matr. 24, 3) hatte gewiss zunächst nur diesen Sinn — so, scheint es auch, Bekker Akt. I S. 161, anders Savigny Syst. V S. 467, Wächter l. c. S. 50 —; war doch noch zu Gajus' Zeiten ohne exceptio im b. f. jud. Compensation nur ex eadem causa anerkannt: Gaj. IV, 61, Eisele Compens. S. 4. Wenn die Lesart richtig, so beweist übrigens direct L. 7 § 6 D. de pact. 2, 14: „exceptiones . . . quae ex eodem contractu insunt . . ."

[37] Was dem Geschäfte „naturaliter" entspreche (cf. L. 11 § 1 D. de A. E. V. 19, 1), kann der Richter hier nicht wissen; vgl. Bechmann l. c. S. 667 ff. — Im Zusammenhange damit steht die engere Einschränkung der strengen Forderung bezüglich der causa rei — vgl. Wächter l. c. S. 52 ff. Auch für ihre Bemessung fehlt der Anhaltspunkt; vgl. § 913: „wegen eines bloß persönlichen Rechts (an sich!) hat der Berechtigte noch keinen Anspruch auf Nebengebüren."

[38] Dass die „einfache" Obligation sie nicht aufnehmen kann, liegt in der Natur der Sache, dass sie aber nicht als selbständiger Vertrag gelten konnten, nur in dem Princip: „nuda pacta non pariunt actionem."

[39] Vgl. unten § 21 Zus.

[40] Nur davon war die Rede in Grünhut's Ztschr. l. c. S. 382 ff.; vgl. auch Wächter l. c. S. 101, Bechmann l. c. S. 334 f.

[41] Huschke S. 220.

lehenscausa nicht, wie oben[42] gezeigt wurde. Und warum sollte der Richter nicht die Vertragsberedung, welche zur „datio“ hinzutritt,[43] nach den im Darlehensverkehr üblichen Grundsätzen „ex fide bona“ auslegen? Mit anderen Worten: Die Darlehensobligation ist eine relativ einfache[44] oder, wenn man will, relativ „strenge“, sie steht aber nicht schlechthin im Gegensatze zu den Geschäften, für welche die „bona fides“ zur Richtschnur dient.[45] Wahrhaft „stricti juris“ bleibt für uns ausschließlich die abstracte Obligation.[46]

§ 16.

2. Zeit[1] der Rückzahlung.

Über die Fälligkeit der Schuld, bezw. die Zeit der Rückzahlung, entscheidet zunächst der Wille der Contrahenten. Besondere Regeln für den Darlehensvertrag kennt das a. b. Gb. in diesem Punkte nicht.[2]

a) Ist, ausdrücklich oder stillschweigend, ein Rückzahlungstermin nicht vereinbart,[3] so kann die Zahlung nach mäßiger Frist gefordert werden,[4] welche im Streitfalle das arbitrium des Richters zu

---

[42] Vgl. oben § 14. Anders Huschke S. 197.

[43] Man denke etwa an die Verabredungen bei bezw. über indirecte Hingabe des Darlehens. — Vgl. Dernburg P. I S. 297.

[44] So meint wohl auch Dernburg l. c., Wendt S. 484, Windscheid die actio S. 26, Wächter P. I S. 517, N. 35. Zu weit aber geht Schiffner l. c. S. 173.

[45] In Rom hat eben auch hier (vgl. oben S. 99) die abstracte condictio das Obligationsverhältnis zum strengen gestempelt; vgl. Brinz II S. 60; auch Huschke 199 f. und Karlowa Rechtsgeschäft S. 243 f.

[46] Vgl. Brinz II § 228, Baron P. S. 145, Dernburg l. c., Wendt l. c., Liebe Stipulation S. 93 f. Daran denkt wohl auch Roesler Ztschr. f. Handelsr. XII S. 380 ff. (dazu Bechmann l. c. S. 334).

[1] Über den Ort der Rückzahlung bedarf es keiner weiteren Ausführungen.

[2] Insbesondere nicht eine in Ermangelung vertragsmäßiger Zeitbestimmung geltende gesetzliche Kündigungsfrist, wie sie zweckmäßigerer Weise sich im Pr. L. R. I, 11 §§ 761 ff., und nun im D. Entw. § 457 findet. Vgl. dazu Gruchot XII S. 762 f., D. Mot. II S. 313 f.

[3] Daß die Festsetzung eines bestimmten Zahlungstermines kein wesentliches Erfordernis des Darlehensvertrages bildet, ist trotz der Fassung des § 983 gewiß; s. oben § 2 N. 4. Es bedarf daher (§ 936) auch das pactum de mutuando zur Giltigkeit keiner Bestimmung über die Rückzahlungsfrist. Vgl. dazu Slg. 1469.

[4] Daß jedes Darlehen auf, wenngleich kurze, Frist gegeben ist, liegt in der causa credendi ausgesprochen, welche die Möglichkeit irgend einer Nutzung des geborgten Capitals seitens des Schuldners verlangt. Vgl. Cohn S. 851, Endemann Ztschr. f. Handelsr. IV S. 57 f., Dernburg Pr. R. II § 178 N. 19, Gruchot Zahlung d. Geldschuld S. 132 f. Nicht ganz consequent Windscheid, der II S. 429 N. 4 das Gesagte anerkennt, gleichwohl aber im Texte jederzeitige Rückforderung zuläßt, wenn „nicht aus den Umständen eine

bemessen hat,[5] (arg. § 983: „nach einer gewissen Zeit“[6]), — soferne nicht aus dem Vertrage erhellt, dass auch sofortige Einforderung, nach Art eines precarium,[7] gestattet sein sollte. Jedenfalls kann aber der Schuldner sofort und zu jeder beliebigen Zeit die Rückgabe anbieten.[8]

b) Eine vertragsmäßige Festsetzung der Rückzahlungszeit hat im Streitfalle der beklagte Schuldner zu beweisen.[9] Dieselbe kann erfolgen

α) ausdrücklich u. zw. direct durch Nennung des dies, oder indirect z. B. in dem oben S. 47 f. besprochenen Falle eines „Vorschusses“ — oder

β) stillschweigend, so durch Vorausnahme der Zinsen für eine gewisse Periode,[10] unter Umständen auch schon durch die Feststellung der Zinsentermine.[11]

γ) Insbesondere kann Kündigung des Darlehens vorbehalten sein.[12] Die Fälligkeit ist hier bedingt durch die einseitige Er-

---

stillschweigende Bestimmung hergeleitet werden kann“. S. auch Code civ. Art. 1900, H. G. B. Art. 326. Huschke S. 13 f. bleibt, wie zumeist, bei der strengen alten römischen Auffassung stehen (L. 14 D. de R. I.). — Ist der Zweck des Darlehens näher bestimmt, so können daraus noch weitere Schlüsse bezüglich der Fälligkeit desselben gezogen werden; so im Falle Slg. 9308 (Darlehen zum Zweck der Bestellung einer Caution). Damit ist natürlich nicht gesagt, dass jede Absicht des Schuldners in Betreff der Verwendung des geborgten Geldes maßgebend sei, mag sie auch der Darleiher gekannt haben, soferne sie nicht in den Inhalt des Vertrages aufgenommen ist.

[5] Hier handelt es sich um ein „modicum tempus“, welches die Fälligkeit der Forderung hinausschiebt, nicht um den „nöthigen Aufschub“ im Sinne § 904 (oder L. 105 D. de solut. 46, 3), welcher nach der Mahnung dem Schuldner noch gewährt wird, und welcher nur die Rechtsfolgen der mora aufhält (§ 1417) (vgl. Unger II S. 333 N. 10). Beides scheint vermengt bei Stubenrauch II S. 330.

[6] Vgl. Slg. 9308 cit.

[7] Vgl. Endemann l. c. Jedenfalls entstünde in solchen Fällen die Frage, ob die causa des Geschäfts überhaupt noch Creditgewährung ist und nicht vielmehr die eines depositum (irregulare). Es ist bezeichnend, dass die Sprache des Handels die jederzeit zurückziehbaren Darlehen „Depositengelder“ nennt; Cohn S. 851 N. 143.

[8] Merkwürdigerweise ist dies bestritten worden von Turnes im Jurist IV S. 52 ff.; s. gegen ihn die Aufsätze von Salaba ebend. VI S. 110 ff., Stählin ebend. S. 116 ff., Dr. J. A. M. ebend. S. 138 ff.; dann Nippel VIII, 2 S. 137, Stubenrauch II S. 330 N. 3, Unger l. c., Hasenöhrl I S. 292.

[9] Slg. 5340; Krainz II 1 S. 208.

[10] L. 57 pr. D. de pact. 2, 14; Huschke S. 13. S. auch oben N. 4.

[11] Man kann wohl nicht mit Stubenrauch II S. 330 sagen, dass dies immer der Fall sei.

[12] Das bis zu einer bestimmten Zeit „unaufkündbare“ Darlehen bedarf nach Eintritt dieses Termines nicht erst der Kündigung: Slg. 5770; ebensowenig die „auf jedesmaliges Verlangen“ rückzahlbare Schuld: Slg. 8606.

klärung[13] des Gläubigers oder Schuldners[14] gegenüber dem anderen Theile.[15]

Kann der Schuldner vor dem bedungenen Termine dem Gläubiger die Zahlung aufdrängen? Gewiſs gilt nach österreichiſchem Rechte nicht der Satz „diei adjectio pro reo“ (§ 1413).[16] Allein, sowie dieſer römiſche,[17] so iſt der entgegengeſetzte österreichiſche Satz bloße Auslegungsnorm[18] (§ 1413 cit. verglichen mit § 902). Stets alſo fragt es ſich, ob der Vertrag nicht dennoch dahin geht,[19] eine Befriſtung lediglich zu Gunſten des Schuldners zu ſtatuieren. Entſcheidend dafür iſt die objective „Natur des Geſchäfts“,[20] d. i. das durch dasſelbe zu ſichernde Geſchäftsintereſſe.[21] Iſt dies Intereſſe lediglich die Creditgewährung, ſo kann nur „dies pro reo adjectus“ ſein, iſt es aber die entgeltliche Überlaſſung von Nutzungen, Aufnahme und Anlage von Capital,[22] ſo bildet die Zeitbeſtimmung das Maß dieſes

---

[13] Dieſe Erklärung erfordert keine beſondere Form, kann daher auch in der Überreichung bezw. Zuſtellung der Klage liegen: Slg. 1443, Dernburg P. II S. 93. Etwaige Koſten der Kündigung hat der kündigende Theil zu tragen; vgl. Slg. 8083.

[14] Iſt eine Kündigungsfriſt vereinbart, ſo gilt dieſelbe in dubio für beide Theile. Der Schuldner (ſ. unten) darf in der Regel nicht vorzeitig zahlen, kann aber anderſeits, ſoferne nicht ausdrücklich das Gegentheil bedungen iſt, nicht ſchlechter geſtellt ſein als der Gläubiger. Immerhin kann aber auch die Kündigungsfriſt bloß ein dies pro reo ſein, dann iſt der Schuldner nicht an dieſelbe gebunden, ſondern befugt, jederzeit zu zahlen. Letzteres überſieht Stubenrauch II S. 330, ſowie Salaba l. c. S. 114 f. und Stählin l. c. S. 118 f., welche im übrigen mit Recht ſich gegen Turnes l. c. S. 54 f. wenden, der jene Gleichſtellung von Gläubiger und Schuldner nicht gelten laſſen will.

[15] Entzieht ſich dieſer culpoſer Weiſe der Kenntnisnahme von der Kündigung, ſo liegt mora debitoris reſp. creditoris vor; vgl. Dernburg Pr. R. II S. 146 f., Schey Mora cred. S. 117 ff. — Die Aufkündigung gegenüber dem Hauptſchuldner wirkt auch gegen den Bürgen: Slg. 9381.

[16] Unger II S. 89 N. 5, Haſenöhrl I S. 293, Krainz II 1 S. 189, Gruchot Zahlung S. 139 f., Entſch. v. 20. Dec. 1851 G. Z. 1856 Nr. 130; anders nur Kirchſtetter S. 446.

[17] Vgl. etwa Puchta P. S. 374, Keller P. S. 506 f., Freund Vorzeitige Rückzahlung u. einſ. Converſion (1888) S. 15.

[18] Zeiller III S. 88; vgl. Dernburg Pr. R. II S. 145. Deshalb iſt „dieſer Abweichung von dem Geſichtspunkte des römiſchen Rechts (zu welchem D. Entw. § 231 zurückkehrt) ein beſonderes Gewicht nicht beizulegen“: Gruchot Zahlung S. 140; am beſten aber mit H. G. B. Art. 334 alles einfach als Auslegungsfrage erklärt.

[19] „Ausdrückliche“ Erklärung iſt aber gewiſs nicht nothwendig, wie Haſenöhrl I S. 294 f. verlangt.

[20] H. G. B. Art. 334; vgl. Schweiz. O. R. Art. 94, dazu Schneider u. Fick S. 108 f.

[21] Nicht aber der Umſtand, ob die frühere oder ſpätere Rückzahlung ſich hinterher als im Intereſſe des einen oder anderen Theiles gelegen erweiſt. Unrichtig daher Stubenrauch II S. 330, welcher die Analogie § 977 heranzieht.

[22] Vgl. dazu oben § 2 Zuſ. 1.

Synallagma, welches für beide Theile das Interesse des Vertrages ausmacht,[23] und sie bindet beide Theile. Ersteres trifft zweifellos zu bei unverzinslichen Darlehen;[24] letzteres aber nicht ohne weiteres für jedes verzinsliche.[25] Das Darlehen des alltäglichen bürgerlichen Verkehres (Freundesdarlehen) ist, auch wenn Zinsen vergütet werden, doch nicht Capitalsanlage, sondern Aushilfe für den Schuldner, der Rückzahlungstermin daher im Zweifel nur zu seinen Gunsten gesetzt. Das verzinsliche Darlehen des Handelsverkehres allerdings beruht, wie alle Verhältnisse des Handels, der Regel nach auf der causa der Capitalsverwertung;[26] deshalb wird hier, sowie in allen sonstigen Fällen, wo der Zweck der Capitalsanlage klar ist,[27] vorzeitige Rückzahlung, gleichviel in welcher Form,[28] ausgeschlossen sein.[29]

c) Daſs bisweilen die Tilgung der Darlehensschuld in erster Linie durch Compensation zu erfolgen hat, sowie daſs damit zugleich die Pflicht zur Barzahlung hinausgeschoben ist, wurde bereits erörtert.[30]

d) Häufig ist terminweise Rückzahlung vereinbart, dabei aber für den Fall der Nichteinhaltung eines Termines, oder auch bei einfach befristetem Darlehen für den Fall der Versäumnis eines Zinsentermines, sofortige Fälligkeit des ganzen Capitals[31] — sog. Zusatz. **cassatorische Clausel.** Sie ist verwandt, aber nicht gleichbedeutend mit lex commissoria oder Conventionalstrafe. Immer wirkt sie bloſs zu Gunsten des Gläubigers.

---

[23] Die oben N. 17 citierte tüchtige Dissertation von Freund S. 16, 19 verkennt vollkommen, daſs in diesem Sinne sehr wohl beiderseitiges Interesse an dem dies vorkommt.

[24] § 1413 steht dem nicht im Wege (s. oben bei N. 18). A. M. bezüglich Pr. L. R. I, 11 § 758 Dernburg Pr. R. II S. 506 N. 14. Unentgeltliche Hingabe von Geld im Interesse des Gebers wäre depositum.

[25] Die herrschende Lehre stellt freilich alles auf die Frage der Verzinslichkeit ab; so Glück XII S. 94, Mommsen Beitr. III S. 157, Stubenrauch l. c., Gruchot l. c. S. 137 N. 13. Insoweit ist die Polemik von Freund S. 17 ff. berechtigt. Vgl. auch D. Mot. II S. 38.

[26] Vgl. Cohn S. 852, 873; mit Unrecht auch dagegen Freund l. c. S. 26.

[27] So etwa, wenn Mündelgelder „auf Hypothek" angelegt werden (§ 230). Solche Fälle hebt besonders hervor Dernburg P. II S. 94, Demolombe Traité des contrats II p. 595 s.

[28] Also namentlich auch durch „Conversion" des Anlehens; vgl. Freund l. c. S. 46 ff. und unten § 23 N. 23.

[29] Das vorzeitige Zahlungsanbot versetzt also den Gläubiger nicht in mora; die gerichtliche Hinterlegung ist nicht „rechtmäßig" (§ 1425) liberiert also den Schuldner nicht und hemmt nicht den Zinsenlauf.

[30] S. oben S. 47 f.

[31] In der Praxis meist als „Terminverlust" bezeichnet. Bei Anlegung von Pupillengeldern ist die Aufnahme dieser Clausel gesetzlich vorgeschrieben: § 195 Pat. v. 9. August 1854.

e) Die sog. Annuitätendarlehen[32] haben nichts juristisch Eigenthümliches an sich. Sie sind durch alljährliche Zahlung einer bestimmten Quote des Capitals nach Ablauf einer bestimmten Anzahl von Jahren — z. B. 35 bis 40 Jahren — zu „amortisieren". Der diesbezügliche Vertrag aber bestimmt den „Tilgungsplan", vermöge dessen alljährlich — in jener Capitalsquote — nebst den bedungenen Zinsen eine Rate des Capitals abgetragen wird; die Summe beider Jahresleistungen bleibt constant, die letztere aber wächst, die ersteren nehmen entsprechend ab von Jahr zu Jahr. Zumeist ist die unter d erwähnte cassatorische Clausel in den Vertrag aufgenommen. Vorzeitige Rückzahlung des ganzen Capitals oder einer größeren als der dem Tilgungsplan gemäßen Quote desselben ist nicht selten ausdrücklich gestattet, jedoch unter für den Schuldner erschwerenden Bedingungen,[33] so z. B. der Berechnung höherer Zinsen als in dem Tilgungsplane — eine Art Reugeld mit Bezug auf die Zusage des dies pro creditore.

Zusatz. Die oben erwähnte **cassatorische Clausel** — auch „irritatorische Clausel" genannt[34] — begründet eine eigenthümliche Art vertragsmäßiger Rechtsfolge der verzögerten Obligationserfüllung. Darin liegt ihre Verwandtschaft mit der lex commissoria einerseits, und anderseits mit der Conventionalstrafe. So manche Streitigkeit in Bezug auf die Clausel entspringt aber der Unklarheit über ihre Verschiedenheit von beiden genannten Instituten.[35] Die lex commissoria setzt als Sanction auf die nicht rechtzeitige Leistung seitens des einen Contrahenten die Aufhebung des ganzen Vertrages. Nicht so die Clausel des Terminverlustes: Bei Versäumnis eines Termines wird die ganze Obligation nicht hinfällig, sondern fällig.[36] Daher hat erstere einen Sinn nur bei

---

[32] Über den Namen s. Cohn S. 861 und bes. N. 30 das.

[33] So heißt es z. B. in den „Bestimmungen in Betreff der Gewährung von Hypothekardarlehen durch die allg. österr. Boden-Creditanstalt" VI: „Für solche vor Ablauf der im Schuldscheine festgesetzten Frist geleistete Rückzahlung ist eine vom Verwaltungsrathe zu bestimmende Vergütung zu entrichten, welche jedoch 3% des zurückgezahlten Capitales nicht übersteigen darf."

[34] S. z. B. Zeiller III S. 117.

[35] Unklar ist schon der Sprachgebrauch, welcher die clausula cassatoria einerseits auf das im § 919 erwähnte Rücktrittsrecht (unsere Commentatoren behandeln die Frage bei § 919: s. Stubenrauch, Zeiller, Nippel zu diesem §), anderseits auf die Bedingung des Terminverlustes bezieht, welche gerade zu § 919 nicht gehört; vgl. unten bei N. 37. Auf den vielfach behaupteten Unterschied zwischen lex commissoria und der im § 919 berührten Clausel (s. Holzschuher III S. 353, Koch Recht d. Fdg. II S. 385, Dworzak in Haimerl's Vjschr. II S. 182 N. 2) kann hier nicht weiter eingegangen werden.

[36] Vgl. das bei Gruchot XII S. 756 N. * angeführte Erkenntnis des O. A. G. zu Dresden v. 1. Dec. 1865: „Daß die Wirkung der cassatorischen Clausel nicht auf die Aufhebung der Hauptverbindlichkeit, sondern im Gegentheile auf

entgeltlichen Verträgen, denn nur da bedeutet die Rückgängigmachung des Geschäftes einen Nachtheil für den Säumigen und ein Interesse seines Gegners.[37] Die cassatorische Clausel aber hat auch in der einseitigen Obligation, wie z. B. beim Darlehen ihren Platz. Lediglich Täuschung ist es, wenn man glaubt, auch diese Clausel unter den Gesichtspunkt der Vertragsaufhebung dadurch zu bringen, dass man sie als Rückgängigmachung der dem Schuldner gewährten Stundung bezeichnet.[38] Als ob jede Fristbestimmung ein pactum de non petendo intra tempus, ein eigener Nebenvertrag wäre neben dem Hauptgeschäfte! In Wahrheit bildet die Zahlungsfrist nur eine der das Maß der Obligierung von vornherein bestimmenden Modalitäten, und das Eigenthümliche unseres Falles liegt darin, dass diese Modalität mit Rücksicht auf eine gewisse Bedingung alternativ festgesetzt erscheint. Von einer Anwendung der Grundsätze der lex commissoria kann daher hier keine Rede sein.[39] — Die Verabredung einer Conventionalstrafe kommt formell mit der „irritatorischen Clausel" darin überein, dass sie unter der Bedingung der nicht gehörigen Erfüllung die Obligation zum Nachtheile des Schuldners modificiert.[40] Aber, während dieser Nachtheil bei ersterer in der Verpflichtung zu einer neuen Leistung besteht, liegt er bei letzterer nur in demEntgange des Vortheils des weiteren Aufschubs der schon geschuldeten; und während erstere dem Gläubiger eine Vergütung für sein bereits verletztes Interesse sichert,[41] beugt letztere nur seiner weiteren Gefährdung durch Verlängerung des Credits vor.[42] Bei solcher Wesensverschiedenheit verbietet sich daher auch die Beurtheilung der einzelnen die cassatorische Clausel betreffenden Fragen nach den für die Conventionalstrafe geltenden Normen. So sollte 1. das richterliche Mäßigungsrecht des § 1336 auf den stipulierten „Terminverlust" nicht zur Anwendung gebracht werden wollen.[43] — 2. Mag auch die Conventionalstrafe im Sinne unseres Rechtes der Regel

die Erfüllung derselben gerichtet ist." — Über die Frage, ob mit dem Inkrafttreten der cassatorischen Clausel auch schon mora bezüglich der ganzen Schuld vorliege, s. Holzschuher l. c. S. 354 f.

[37] Sowie schon nach dem Gesetze unter Umständen die Prästation seines Interesses wegen Nichtleistung des Gegners geradezu in der Befreiung vom Vertrage bestehen kann (vgl. für das österreichische Recht Dworzak l. c. S. 199 ff.), so kann in dieser Weise sein Interesse von vornherein im Vertrage fixiert sein. Insoweit berührt sich daher die lex commissoria viel näher mit der Conventionalstrafe als unsere Clausel. Zu weit aber geht Förster-Eccius II S. 95 f. in dieser Beziehung. S. auch unten N. 43.

[38] S. z. B. Koch l. c., H. Gerber Lehre v. Klagegrunde u. d. Beweislast S. 120 f. Verwandt mit diesem Irrthum ist auch die Gleichstellung der „Kündigung" von Miet- oder ähnlichen Verträgen und der „Kündigung" eines Darlehens (s. z. B. Gruchot XII S. 759 f.). Erstere bedeutet Vertragsaufhebung, letztere Fälligkeit der Forderung; gut darüber Stählin l. c. S. 121.

[39] Vgl. oben N. 37.

[40] Vgl. Dernburg Pr. R. II S. 100.

[41] So wenigstens nach der Auffassung des österreichischen Rechts. S. Randa Lehre v. d. Zinsen S. 31 f.

[42] Es handelt sich also nicht bloß um eine Pression auf den Schuldner, wie Koch l. c. S. 385 meint.

[43] Wie in der Entscheidung Slg. 1374. Ein Fehler ist es aber auch, § 1336 auf die lex commissoria anzuwenden, wie Neupauer Ztschr. f. öst. Rechtsgel.

nach als Rechtsfolge nur der culpa resp. der mora[44] aufzufassen sein; der „Terminverlust", der in erster Linie nur der Ausdruck einer Bedingung der Creditgewährung ist, tritt in dubio sofort bei Versäumnis des ersten Termines ein ohne Rücksicht auf (subjective) mora oder Verschulden des Verpflichteten.[45] — 3. Die Beweislast regelt sich für den Verfall der Conventionalstrafe, welche nur eine besondere Gestaltung der vertragsmäßigen Interesseforderung ist, nach § 1298: Der belangte Schuldner hat den Beweis der Erfüllung oder der ihm nicht imputablen Nichterfüllung zu führen.[46] Der Gläubiger aber, der auf Grund der cassatorischen Clausel sofortige Leistung fordert, macht einen bedingten Anspruch geltend. An ihm ist es daher, wenn einmal diese Bedingtheit feststeht,[47] den Eintritt jener Bedingung auch zu beweisen.[48] — 4. Im Falle der Conventionalstrafe endlich mag man zweifeln, ob die Annahme der verspäteten Leistung den Verzicht auf jene bedeute — und gewiss ist dem in vielen Fällen nicht so[49]; denn beide Ansprüche können sehr wohl neben einander bestehen.[50] Anders bei bedungenem „Terminverlust". Ratenweise Erfüllung und volle Tilgung sind unvereinbar. Nimmt also der Gläubiger ohne Vorbehalt die verspätete Terminzahlung in Empfang, so kann darin nur die stillschweigende Erklärung gefunden werden — für die bisher versäumten Termine — von der zu seinen Gunsten bestehenden Alternative keinen Gebrauch zu machen;[51] denn unter dieser Voraussetzung ist das, was er erhält, die ganze jetzt fällige Leistung, unter der entgegengesetzten wäre es nur Theilzahlung. Im Zweifel aber muss angenommen werden, dass der Gläubiger Vollzahlung, nicht Theilzahlung entgegennehmen wolle.[52]

1834 Bd. 2 S. 237. Übrigens trifft hier schon die ratio der betreffenden Bestimmung des § 1336, der Schutz des Schuldners gegen Bewucherung, nicht zu.

[44] Randa l. c. S. 33, Hasenöhrl I S. 513, Slg. 6821.

[45] Unrichtig daher die Motivierung in Slg. 4805 (richtig in einer analogen Frage Slg. 128, 1789), ferner Koch l. c., aber auch Stubenrauch II S. 698, welcher die Clausel des Terminverlusts nur bei Gelegenheit der Wirkungen der mora erwähnt. — Die Praxis hat übrigens, wie in Preußen (s. Dernburg Pr. R. II S. 100 N. 10), so auch bei uns die Neigung, bei geringer Verzögerung Nachsicht zu üben; s. Slg. 401, 1374 u. a. — Ein anderes ist es, dass der Gläubiger sich nicht auf die Clausel berufen kann, wenn die Verzögerung an ihm lag; so war es im Falle der Slg. 4679.

[46] Hasenöhrl l. c.

[47] In der Regel hat der Gläubiger allerdings nicht die Fälligkeit seiner Forderung zu beweisen (s. oben S. 102); anders aber hier, wo die obligatio „praesens" nur unter einer Bedingung ist.

[48] Vgl. Emminghaus in Schletter's Jhrb. d. gem. R. I S. 221. Die entgegengesetzte Ansicht von Gerber l. c. S. 121 ist richtig nur für die cassatorische Clausel im Sinne der Rückgängigmachung des Vertrags (s. auch Unger II S. 567 N. 31), unter welchen Gesichtspunkt unser Fall nicht gebracht werden kann; s. oben N. 37. Nicht richtig scheint mir daher die Entscheidung in Slg. 1556 und in Seuffert's Archiv VI Nr. 66.

[49] Vgl. Ryck S. 465.

[50] Und sie bestehen in dubio neben einander; s. Randa l. c. S. 34 f. N. 80.

[51] Koch l. c. S. 385; Slg. 9914 (vgl. Slg. 288, 401); anders Slg. 6805.

[52] Vgl. Slg. 10524. Jedenfalls hat der Gläubiger nicht das Recht, das als die fällige Ratenzahlung Geleistete als Theilzahlung auf die Capitalschuld zu behalten, wenn er von seinem Cassationsrecht Gebrauch macht: Slg. 10091.

§ 17.

3. Die Rückzahlungsvaluta (bei Gelddarlehen).

A. b. Gb. §§ 985—990. — Schiffner § 83; Hasenöhrl I §§ 16 ff.; Sághy § 12; Krainz II, 2 S. 248 ff.; Scheiblein Miscellen I S. 1—55; Brackenhöft in Haimerl's Vjschr. V S. 190 ff.; Schüßler, G. H. 1876 Nr. 91—96. — Pfeiffer Prakt. Ausführungen Bd. I S. 51—78 (1825); Savigny Obligationenr. I S. 403 ff. (1851); G. Hartmann, Üb. d. rechtl. Begriff d. Geldes u. d. Inhalt v. Geldschulden (1868); Bekker Couponsprocesse S. 93 ff. (1881); Goldschmidt Handelsr. (1. Aufl.) I S. 1060—1231. — Arndts § 205; Windscheid § 256; Dernburg P. II § 26; Pr. R. II §§ 30—33. — Knies, Das Geld (nach der 1. Aufl. 1873 citiert), bes. S. 313 ff.

Wie die ältere Jurisprudenz, so behandelt auch das a. b. Gb.
Zusatz 1. die **Theorie der Geldschulden** nur bei Gelegenheit des Darlehens.[1] Deshalb, aber auch weil diese Theorie gerade für dies Obligationsverhältnis von größter Bedeutung ist, ist auf die wichtigsten einschlägigen Grundsätze an dieser Stelle einzugehen. Es handelt sich dabei um folgende Fragen:

a) In welcher Geldart kann die Schuld ausgedrückt,[2] der Vertrag „geschlossen werden" (§ 986)? Für das Darlehen bedeutet die Frage: in welchem Gelde kann das creditierte Capital ausgedrückt sein (die Darlehensvaluta)? Dieser Ausdruck liegt, der Natur des Realcontractes entsprechend, der Regel nach in der Hingabe einer gewissen Geldsumme; da jedoch das als geborgt bezeichnete Capital auch in anderer Form zugeführt werden kann,[3] so ist es nicht ganz genau, zu fragen: in welcher Valuta kann das Darlehen „gegeben" werden (§ 984)? Die Antwort aber lautet: Das Gelddarlehen kann in jeder beliebigen Geldart gegeben (aus-

---

[1] So von Älteren z. B. Höpfner Commentar üb. d. Heineccischen Justit. (1798) § 768, Mühlenbruch Lehrb. d. Pandekten-Rechtes § 375, Glück XII S. 79 ff. (vgl. darüber Savigny S. 403, Koch R. d. Fdg. I S. 79) besser Pfeiffer §§ 8, 9, auch Zeiller III S. 233 ff., IV S. 143 ff. (vgl. Pfaff-Hofmann I S. 98 N. 80, welcher die Vorschriften (des Finanzpatents von 1811) über Geldschulden theils in der Lehre vom Darlehen, theils in der Lehre von der Zahlung bespricht; ähnlich Pr. L. R. I, 11 §§ 778 ff. und I, 16 §§ 74 ff. Systematisch richtig hatte übrigens schon der Cod. Ther. III Cap. 4 Nr. 56 in dem Abschnitte vom Darlehen auf die „Abhandlung von Zahlungen" (das. Cap. 24 Nr. 27 ff. verwiesen. Ganz correct stehen die einschlägigen Normen im sächs. Gesb. §§ 665 ff. in dem den Gegenstand der Forderungen behandelnden Theile (s. aber Unger der revid. Entw. S. 66), ebenso natürlich der D. Entw. §§ 215 f.

[2] „Ausgedrückt" im Gegensatze zur Geldsorte, welche als Zahlung „bedungen" ist — vgl. Goldschmidt S. 1147 f., Windscheid S. 31, D. Entw. § 215. Ludw. Goldschmidt Krit. Erörter. z. Entw. I S. 189 will lieber von der Währung sprechen, „auf welche die Schuld lautet".

[3] S. oben §§ 10 und 11.

gedrückt) werden;[4] in inländischem wie in ausländischem Gelde in Währungsgeld wie in anderem,[5] in Metallgeld wie in Papiergeld (überdies nach Maßgabe des § 990 auch in öffentlichen Obligationen). In dieser Beziehung bestehen heute keine Schranken.[6]

b) Welche Geldart kann als Zahlung bedungen werden (Zahlungsvaluta)? Der Vereinbarung der Rückzahlung in einer bestimmten Sorte, sei es dieselbe, in welcher das Darlehen gegeben wurde (Münzsortendarlehen[7]), sei es eine andere, steht principiell nichts im Wege, insbesondere nicht der Satz, dass die Tilgung begrifflich in Sachen „derselben Gattung" (§ 983, § 5 Ges. v. 14. Juni 1868 R. G. B. 62) zu erfolgen habe.[8] Die geschuldete Gattung ist eben (im Zweifel) Geld überhaupt als Ausdruck des creditierten Capitals, die Obligation „Summenschuld", nicht „wahre generische" Schuld[9] bestimmter Münzen.

---

[4] Nicht schlechthin richtig ist es, dass ein Gelddarlehen in „verrufenem", d. h. in Geld, welchem der Staat die Währungseigenschaft entzogen hat, unmöglich sei (so Stubenrauch II S. 334, aber auch Savigny S. 451 f.). Solches Geld kann möglicherweise im Verkehr thatsächlich fortbestehen und als „Verkehrsgeld" Gegenstand von Geldgeschäften sein. Nur für verbotenes Geld käme § 878 resp. § 880 in Anwendung, wonach der Darlehensvertrag ungiltig wäre (z. B. die sog. Kossuthnoten nach der Vdg. v. 27. April 1854 R. G. B. 107), bezw. falls mit der Verrufung zugleich das Verbot der betreffenden Münze verbunden würde (vgl. Goldschmidt S. 1138), wie z. B. auf Grund Art. 13 des deutsch. Münzges. v. 9. Juli 1873 im Deutschen Reiche der Umlauf österreichischer Guldenstücke untersagt ist.

[5] „Usuellem" (Dernburg P. II S. 74), „unvollkommenem" Gelde (Goldschmidt S. 1070). Über das Wesen der „Währung" s. unten Zus. 1.

[6] Der Zwangscurs des Währungsgeldes bezieht sich nur auf die Hingabe solvendi, nicht die datio credendi causa. (Durch Finanzpat. v. 1811 § 9 war es verboten gewesen, bei sonstiger Ungiltigkeit, Contracte in anderer als Wiener Währung abzuschließen. Vgl. Scheidlein S. 8 ff.) Im Zweifel aber gilt jetzt jedes Rechtsgeschäft als auf „österreichische Währung" lautend: § 4 Pat. v. 27. April 1858 R. G. B. 63.

[7] S. darüber oben S. 95 f.

[8] Unrichtig Brakenhoeft S. 203 f. — § 987 bildet kein arg. a contrario, sondern sollte nur eine Ausnahme von dem Grundsatze des Fin. Pat. v. 1811 statuieren, wonach alle Contracte auf Wiener Währung zu lauten hatten; vgl. Scheidlein S. 6. — Die principielle Möglichkeit, Rückzahlung in anderer als der gegebenen Valuta zu bedingen, geht übrigens schon aus § 993 (§ 996) hervor, ebenso aus Hfder. v. 24. April 1816 J. G. S. 1233, sowie aus der k. Vdg. v. 7. Febr. 1856 R. G. B. 21. — Unbedenklich kann daher heute insbesondere auch nachträglich die Rückzahlung eines Darlehens in anderer Valuta bedungen werden, wie in dem Falle der Slg. 3302; die Bedenken vom Standpunkte der alten Wuchergesetzgebung (s. Ofner II S. 458) bestehen heute nicht, allerdings aber fällt, wenn die stipulierte Rückzahlungssumme im Verhältnisse zu der thatsächlich hingegebenen größer ist, dies Mehr unter den Gesichtspunkt von Zinsen (unten § 18) — vgl. Savigny S. 465.

[9] S. oben S. 96, vgl. Savigny S. 441, Vangerow III S. 29. Sehr gut unterschied schon Cod. Ther. l. c. Cap. IV Nr. 44 f.; vgl. Harrasowsky G. Z. 1868 S. 93.

Jedoch gilt eine positivrechtliche Schranke.[10] Die Verabredung nämlich, durch welche für im Inlande (§ 905) in österreichischer Währung zahlbare[11] Schulden die Zahlung in Staats- oder Banknoten ausgeschlossen werden soll, ist unwirksam;[12] nur bei Hingabe eines Darlehens in klingender Münze kann Rückzahlung in (derselben oder anderer) klingender Münze giltig bedungen werden (K. Vdg. v. 7. Febr. 1856 R. G. B. 21).[13] Die Stipulierung der Zahlung in einer bestimmten Art von österreichischem Papiergeld ist

[10] Das a. b. Gb. (§ 986) begnügt sich damit, auf „die darüber bestehenden besonderen Vorschriften" zu verweisen, unter welchen (s. Kundmach. Pat. Abs. 9) hauptsächlich das Finanzpatent v. 20. Febr. 1811 gedacht war. Wie an der Frage, ob und welche derartige Normen in das Gesetzbuch aufzunehmen seien, nahezu dessen Publication gescheitert wäre, s. bei Scheidlein S. 2 f., Pfaff-Hofmann I S. 98 ff. und bes. Ofner II S. 611 ff., S. 646 f.

[11] Dass der Zwangscurs, d. i. die Verpflichtung, die Note zu ihrem Nennwerte als Zahlung zu nehmen, nur für „alle in österr. Währung zu leistenden Zahlungen" gilt, ist in den die Banknoten betreffenden Gesetzen — § 4 kais. Vdg. v. 30. Aug. 1858 R. G. B. 131 und v. 26. Dec. 1858 R. G. B. 244, § 16 der Statuten der österr. Nationalbank (Ges. v. 27. Dec. 1862 R. G. B. 1863 Nr. 2), Art. 86 der Statuten der österreichisch-ungarischen Bank (Ges. v. 27. Juni 1878 R. G. B. 66) — wortdeutlich gesagt. Die Vorschriften über die seit 1866 eingeführten Staatsnoten — Ges. v. 5. Mai 1866 R. G. B. 51, Art. V Ges. v. 25. Aug. 1866 R. G. B. 101 — verpflichten zwar schlechthin „jedermann ausnahmslos, die Staatsnoten nach ihrem vollen Nennwerte in Zahlung anzunehmen". Gleichwohl kann, abgesehen davon, dass die Absicht lediglich war, diese Staatsnoten an Stelle der Banknoten treten zu lassen, auch dieser Annahmezwang nur für Zahlungen in ö. W. bestehen; denn ein „Nennwert" z. B. der Note von „50 fl. ö. W." kann füglich nur bedeuten, dass mit dieser Note eine Schuld von 50 fl. ö. W. (Silber) getilgt werde; darüber, welchem Betrage einer anderen Währung dies gleichkomme, besagt der auf die Note gesetzte Stempel gar nichts. Folgerungen hieraus s. unten N. 14. — Unsere Schriftsteller, s. nur Hasenöhrl S. 222 f., Stubenrauch S. 333, scheinen gar nicht zu beachten, dass der Zwangscurs diese natürliche Grenze habe.

[12] Ihrem ganzen Wesen nach ist eine Norm wie die Einführung des Zwangscurses „zwingendes" Recht, welches keine entgegengesetzte Verabredung duldet; so jetzt mit Recht Hasenöhrl S. 225, Sághy S. 240 f., Schuster und Schreiber in der 4. und 5. Aufl. v. Stubenrauch S. 335, während P. (Pederzani) G. Z. 1853 Nr. 121, Stubenrauch in den früheren Auflagen entgegengesetzter Ansicht waren, auf welche im praktischen Resultate auch Brakenhoeft S. 212 hinauskam. Richtig auch die Praxis, s. die Entscheidungen bei Hasenöhrl l. c. N. 48 S. 226. — Ungiltig ist dem Gesagten zufolge auch die Vereinbarung der Zahlung in Noten nach deren Curs: Slg. 1323. — Natürlich ist in all diesen Fällen nur die betreffende Vertragsclausel unwirksam, der Darlehensvertrag als solcher giltig; es kann nur (bei sonstiger mora creditoris) gleichwohl in Papier gezahlt werden.

[13] Dass diese k. Vdg., deren Geltung durch die oben N. 11 angeführten Gesetze, betreffend den Zwangscurs der Staats- und Banknoten, ausdrücklich vorbehalten wurde, auch heute noch in Kraft ist, u. zw. als eine Ausnahmsnorm für Darlehen (welche nach dem 13. Febr. 1856, dem Tage der Kundmachung der Vdg., contrahiert sind) (über das ältere Recht s. Zeiller III S. 239 f.), leugnete mit Unrecht Michel G. Z. 1858 Nr. 139; s. dagegen Hasenöhrl S. 227 N. 50 und die oberstgerichtlichen Entscheidungen bei Manz § 986 N. 1.

selbstverständlich stets gestattet, ebenso der Zahlung in ausländischem Gelde oder in österreichischer Goldmünze.[14]

c) Welches Geld muss als Zahlung gegeben, bezw. genommen werden?[15] Zunächst die (giltig) vereinbarte Währung und Sorte (§ 987). Ist diese zur Zeit und am Orte der Zahlung nicht im Umlauf, oder nur mehr mit unverhältnismäßigen Kosten zu beschaffen,[16] so ist, ebenso wie in dem Falle, wenn der Vertrag überhaupt die Zahlungsvaluta nicht bestimmt hatte,[17] in der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geltenden Landeswährung zu zahlen (§ 905);[18] während jedoch im letzteren Falle der Schuldner zwischen den Geldarten dieser Währung[19] die Wahl hat (§ 906), ist er im

---

[14] Es folgt dies aus dem oben N. 11 über die Grenzen des Zwangscurses Gesagten. Die österreichischen Goldstücke (Ducaten und Acht- oder Vierguldenstücke) sind zweifellos nicht Währungsgeld — vgl. Goldschmidt S. 1132, Hasenöhrl S. 236 — sie haben keinen gesetzlichen „Annahmewert" (Art. 16 Pat. v. 19. Sept. 1857 R. G. B. 169, Ges. v. 9. März 1870 R. G. B. 22). Es können insbesondere die Acht- und Vierguldenstücke überhaupt nicht als dem Systeme der „österr. Währung" angehörig betrachtet werden; als Einheit liegt ihnen nicht der österr. Silbergulden zugrunde, sondern ein Goldgulden („8 fl. = 20 Frs. in Gold": Ges. v. 9. März 1870). Es ist dies sehr gut dargethan in einem Vortrage von Ernst über das Münzwesen unter Kaiser Franz Joseph I., gehalten in der Numismatischen Gesellschaft (Wien 1888, S. 23 ff.). Zu weit geht er jedoch, wenn er behauptet, dass „in Österreich-Ungarn die Goldwährung gesetzliche Geltung habe" (S. 26). Wenn der Staat gewisse Zahlungen (Zölle) nur in diesen Goldstücken fordert, so ist dies — formell — gerade deshalb in Übereinstimmung mit den allgemeinen Normen über Geldschulden, weil dieses Goldgeld dermalen nicht „Währung" ist, der Stipulierung solcher Münze also der Zwangscurs der Noten nicht entgegensteht. Wirtschaftlich liegt darin allerdings eine Art Anticipierung der in Aussicht genommenen Einführung einer Goldwährung (s. Art. XII Ges. v. 24. Dec. 1867 R. G. B. s. 1868 Nr. 4).

[15] Vgl. Goldschmidt S. 1147 ff., 1157 f.

[16] So die herrschende gemeinrechtliche Lehre; s. Unterholzner I S. 235, Savigny S. 468 N. d, Goldschmidt S. 1158, Windscheid S. 27. Mit Bezug auf das österreichische Gesetz kann man in der That von einer derart selten gewordenen Geldsorte behaupten, sie sei nicht mehr „im Umlaufe", daher der Fall der Umrechnung nach § 989 gegeben; die Fassung dieses § wurde, wie Ofner II S. 618 f. zeigt, gerade im Hinblicke hierauf gewählt.

[17] In der Hingabe des Darlehens in einer gewissen Münzsorte liegt, selbst wenn dieselbe im Schuldscheine genannt ist, noch nicht die Vereinbarung der Rückzahlung in dieser Sorte; s. Windscheid S. 27 N. 3, Ryck S. 381, Hasenöhrl S. 224 N. 44, Sághy S. 232 f.; über L. 99 D. de solut. 46, 3 s. Goldschmidt S. 1147 f. N. 26; über Pr. L. R. I; 11 § 778 Gruchot S. 765 f. Vgl. oben § 15.

[18] Vgl. Art. 336 H. G. B. Dernburg P. II S. 74 N. 7. Die Behauptung, dass solchen Falles in jeder beliebigen in- oder ausländischen Geldart gezahlt werden könne (Ryck S. 380), verkennt das Wesen der staatlichen Währung. S. aber auch Koch Geld u. Wertpapiere bei Bekker u. Fischer Beiträge (1889) S. 14 f. zu § 215 D. Entw.

[19] Für Österreich also zwischen Staats- und Banknoten und Silbergulden. Näheres über diese Währungsmünzen s. bei Hasenöhrl S. 219 ff.

ersteren verpflichtet, in der der bedungen gewesenen „zunächst ähnlichen" Sorte zu zahlen (§ 989).

Die vielfach behauptete Ausnahme von dem an die Spitze gestellten Satze, wonach bei verabredeter Zahlung in Gold oder in ausländischem Gelde der Schuldner die Wahl haben soll, ob er in der bedungenen Geldsorte oder in österreichischen Noten nach deren Curse zahlen wolle,[20] erscheint in den Gesetzesstellen, auf die man sich beruft, nicht begründet.[21]

d) Wie viel ist zu zahlen, oder — wie gewöhnlich gefragt wird — welches ist der Inhalt der Geldschuld?[22] Vor allem ist klar, dass diese Frage praktisch zu keiner weiteren Erörterung führt, wenn thatsächlich in derselben Geldsorte (Währung) gezahlt wird, in welcher die Schuld ausgedrückt und die Zahlung bedungen war;[23] Cursschwankungen kommen hier nicht in Betracht (vgl. § 987, § 988). Dasselbe ist aber auch zu sagen, falls die Zahlung zwar in anderem als dem „gegebenen" Gelde erfolgt, im Vertrage

---

[20] So Stubenrauch S. 335, Hasenöhrl S. 238 f., Sághy S. 239. Es wäre das ein Fall eines anomalen „Zwangscurses zum Curse", worüber Goldschmidt S. 1119 N. 21, S. 1121.

[21] Man beruft sich auf § 8 Pat. v. 27. April 1858 R. G. B. 63 und Pat. v. 2. Juni 1848 J. G. S. 1157. Allein vorerst unterscheidet der cit. § 8 zwischen Münzsortenschulden und reinen Summenschulden — freilich nach einem sehr äußerlichen Kriterium — und für erstere spricht er im 1. Absatz geradezu die Regel des Textes aus; sodann aber darf, eben weil die Unterscheidung eine verfehlte ist, nicht übersehen werden, dass die ganze Vorschrift nur für vor dem 1. November resp. 1. Juli 1858 entstandene Schulden gilt; für solche bleibt es allerdings nach Abs. 2 des cit. § 8 bei der Bestimmung des Pat. v. 2. Juni 1848 über das Wahlrecht des Schuldners. Für seither und heute begründete Obligationen aber kann nur das oben N. 11 erörterte Princip (§ 4 der Vdg. v. 30. Aug. 1858) maßgebend sein, dass der Zwangscurs eben nur für in ö. W. zu leistende Zahlungen besteht. (Aus welcher Zeit die Schuld in dem Falle der Slg. 1590 datierte, ist nicht zu ersehen.) So wie hier scheint auch Goldschmidt S. 1120 f. N. 11 die betreffenden österreichischen Normen zu verstehen. — Übrigens ist der Streit wenig praktisch, theils, speciell für Darlehen, wegen des Sonderrechts der Vdg. v. 7. Febr. 1856, theils, weil auch nach der hier vertretenen Lehre, wo die stipulierte Sorte nicht ohne besondere Beschwerde aufzutreiben ist, Zahlung in der Landeswährung für zulässig erklärt werden muss (s. oben N. 16).

[22] Näheres über die Frage s. unten Zus. 1.

[23] Gleichviel, ob das die Landeswährung des Erfüllungsortes ist oder nicht. Auch wenn, gleichviel ob in Paris oder Wien, ein Darlehen von 100 Frs. gegeben wird, welches in Wien in Francs gezahlt werden soll, wird die Schuld ohne weiteres durch 100 Frs. getilgt; die Parteien haben eben durch eine solche Vertragsberedung von der Landeswährung abstrahiert (dass dies zulässig, s. unten S. 120), sie wollten also auch auf die Cursverhältnisse zu dieser Währung keine Rücksicht nehmen — vgl. Windscheid S. 31 f. Anders aber, wenn die Rückzahlung in dieser Nicht-Landeswährung zunächst nicht in Aussicht genommen war, und dann nur thatsächlich erfolgt; vgl. unten N. 80.

jedoch ein festes Wertverhältnis (fixer Curs) zwischen beiden bedungen erscheint.[24]

Wo nun aber die Frage überhaupt actuell wird,[25] zerfällt sie in zwei Theile:

a) Wie berechnet sich der Wert der als geschuldet ausgedrückten Geldsumme (Schuldsumme), für das Darlehen der Wert des als creditiert bezeichneten Capitales? Hier ist zu unterscheiden: Ist das Darlehen gegeben (die Schuld ausgedrückt) in der zur Zeit des Vertragsschlusses am Erfüllungsorte geltenden Landeswährung, so ist der Nennwert der betreffenden Geldart maßgebend. Dies gilt also vermöge des herrschenden Zwangscurses insbesondere für ein in Österreich zahlbares Darlehen in österreichischem Papiergelde. Lautet hingegen die Schuld auf eine andere als die Landeswährung des Erfüllungsortes zur Zeit des Vertragsschlusses, so ist das Maß der Obligation bestimmt durch den Curswert der betreffenden Geldart zur Zeit des Vertrages[26] am Zahlungsorte im Verhältnisse zur Landeswährung dieser Zeit und dieses Ortes. Cursschwankungen bis zur Fälligkeit sind daher für diese Frage nicht von Belang.

Auf die Zeit der Schuldbegründung muss für die Bewertung der Schuldsumme gesehen werden; denn die Obligation, und ganz besonders die Geldschuld, soll und will normalerweise ein festes Maß für Recht und Pflicht haben, ein solches aber geben natürlich nur die Verhältnisse zur Zeit der Begründung, sowohl in Bezug auf die rechtliche Frage (ob eine Geldart „Währung" ist oder nicht), als auf die factische (Curs zum Währungsgelde).[27] Auf den Er-

[24] Vgl. Goldschmidt S. 1160. — Im Grunde ist dies nur eine besondere Art, die Schuldsumme „auszudrücken". Vgl. unten N. 96 u. § 18 N. 17. Eine Ausnahme enthält § 21 Pat. v. 27. April 1858 R. G. B. 63.

[25] Die Fälle s. unten S. 117 und Zus. 2.

[26] Im Grunde nur eine Anwendung dieses Principes ist es, wenn § 990 bei Hingabe eines Darlehens in Wertpapieren — also ein „Geldborgen", das nicht in Landeswährung gegeben ist — den Curs zur Zeit des Darlehens als Inhalt der Obligation erklärt.

[27] Von diesem Gedanken geht Huschke S. 237 f. (vgl. Pfeiffer S. 63) aus, aber auch Knies S. 329 f.: „Wertconstanz". Behandelt man als Inhalt der Geldschuld den Wert der ausgedrückten Summe zur Zeit der Fälligkeit oder der Zahlung, so trägt dies ein aleatorisches Moment, eine Speculation auf Steigen oder Fallen des Curses, in das Verhältnis hinein, welches ihm an sich fremd ist (vgl. die Beispiele unten Zus. 2). Allerdings kann solche Speculation gewollt, der Inhalt der Obligation vorläufig noch unbestimmt gelassen sein. Allein, eben weil sie in dem Zwecke der Geldschuld als solcher nicht liegt, darf in diesem Sinne nur geurtheilt werden wo diese Absicht deutlich zum Ausdrucke kommt, und es ist sehr bedenklich, in dieser Richtung (mit Windscheid S. 31 f., bes. N. 28 u. 29) dem „Willen der Par-

füllungsort muss gesehen werden; denn die wirtschaftliche Bedeutung der bedungenen Leistung kann naturgemäß nur an dem ebendort geltenden Maße gemessen, der Wert der geschuldeten Summe nur als der Wert an diesem Orte verstanden werden.[28]

β) In welchem Werte ist die Zahlungsvaluta zu geben und zu nehmen, wie viel von dieser also ist zur Berichtigung der Schuldsumme erforderlich (Zahlungssumme)? Dieselbe Unterscheidung wie zu α: Geld der Landeswährung der Zeit und des Ortes der Zahlung ist nach dem Nennwerte, anderes nach dem Curse[29] dieser Zeit und dieses Ortes[30] zur Landeswährung zu berechnen. Ist thatsächlich die Zahlung infolge Verzuges des Schuldners oder Gläubigers hinausgeschoben, so ist das Zeitinteresse des Gegners bei dieser Berechnung in Anschlag zu bringen,[31] sowie das Ortsinteresse, falls die Zahlung an anderem als dem vertrags- oder gesetzmäßigen Erfüllungsorte erfolgt.

Beispiele vermögen leicht zu zeigen, dass die getrennte Beant-
Zusatz 2. wortung vorstehender Fragen zu α und β für alle **concreten Fälle** die Lösung, in manchen derselben aber geradezu den einzigen Weg zur Lösung[32] bietet. Hier sei nur besonders hervorgehoben der Fall,

---

teien" zuzumuthen, dass er jedesmal über alle die feinen Consequenzen sich klar geworden sein müsse. — Wo das Gesetz (so H. G. B. Art. 336, W. O. Art. 37) dem Schuldner die Wahl gibt, ob er die auf ausländische Münzsorte gerichtete Forderung in dieser oder in Landesmünze bezahlen will, da allerdings erscheint als geschuldet zunächst nur erstere und daher begründet, dass Schuldner eventuell in letzterer so viel zahle, als dem Gläubiger nötig ist, um zur Verfallszeit sich die bedungene Menge der fremden Geldart zu verschaffen — somit Zahlung nach dem Curse der Verfallszeit (vgl. Goldschmidt S. 1163 f., Hasenöhrl S. 240 f.), nicht so aber, wo die in anderer Währung ausgedrückte Obligation von vornherein auf Zahlung in der Landeswährung zielt. Hier muss eben von Anfang die Obligation auf diese Währung reduciert werden, und dies naturgemäß nach dem Curse zur Zeit ihrer Begründung. Deshalb scheint es unpassend, wenn der D. Entw. § 215, welcher die Zahlung der in ausländischer Währung ausgedrückten Schuld in Landeswährung nicht wie H. G. B. Art. 336 gestattet, sondern vorschreibt (s. dagegen Koch l. c. S. 15), gleichwohl den Curswert der Zahlungszeit als maßgebend erklärt. S. dazu noch unten S. 117. Dem Geiste des a. b. Gb. — s. §§ 990 (oben N. 26), 992, 988, 989 — entspricht es jedenfalls nur, der Regel nach den Curswert der Entstehungszeit der Schuld als geschuldet zu betrachten. Ebenso Pr. L. R. I, 11 § 786.

[28] S. Goldschmidt S. 1162. Vgl. noch unten S. 126.

[29] Goldschmidt S. 1119, 1125, Windscheid S. 30; vgl. Knies S. 335 f.

[30] Dass hier nur Ort und Zeit der Zahlung entscheiden, ist kaum mehr zweifelhaft, wenn einmal die Fragen im Texte zu α und β gesondert sind. Vgl. über die scheinbar entgegenstehende Norm des Pr. L. R. I, 11 § 786 Goldschmidt S. 1164 N. 56. S. auch unten S. 117.

[31] Dass § 1333 dem nicht entgegensteht, ist richtig ausgeführt in der Entscheidung Slg. 4891.

[32] S. unten S. 123 f.

daſs in der Zeit zwiſchen Entſtehung und Erfüllung der Geldſchuld eine Währungsänderung am Orte der Zahlung vor ſich geht, z. B. der Übergang von der Silber- zur Goldwährung. Nach den eben aufgeſtellten Grundſätzen iſt die Schuldſumme (oben α) ausgedrückt oder doch umgerechnet in die Landeswährung des Erfüllungsortes zur Zeit der Schuldentſtehung. Als Zahlungsvaluta (oben β) aber iſt das Geld der Landeswährung dieſes Ortes zur Zahlungszeit nach ſeinem „Nennwerte" zu geben und zu nehmen, d. h. es hat die Zahlkraft, welche das Münzgeſetz, auf dem es beruht, ihm beilegt: die in Einheiten dieſer Währung ausgedrückte Schuld wird durch die, die entſprechende Zahl von Einheiten geſetzlich darſtellenden, Münzen getilgt. Unter denſelben rechtlichen Geſichtspunkt fällt es nun, wenn bei einer Währungsänderung das Geſetz ausſpricht — und an ſolchem Ausſpruche wird es thatſächlich nie fehlen — in welchem Wertverhältniſſe die neue zu der alten Münze ſtehen ſolle. Auch dies gehört zur Normierung des „Nennwertes" der neuen Geldart; auch damit iſt geſagt, daſs dies neue Geld die Zahlkraft habe, eine beſtimmte Schuldgröße — die vor Eintritt der Währungsreform natürlich nur in der alten Währung ausgedrückt ſein kann — zu tilgen. Die in dieſer letzteren ausgedrückte oder, nach dem Curſe der Entſtehungszeit, auf dieſelbe reducierte Schuld iſt daher in dem Gelde der neuen Währung ausnahmslos[33] nach der bei deſſen Einführung feſtgeſtellten geſetzlichen Tarifierung zu bezahlen.

Zuſatz 1. Daſs eine **Theorie der Geldſchulden** den Älteren faſt nur in der Lehre vom Darlehen ſich entwickelte,[34] erklärt ſich wohl hauptſächlich daraus, daſs hier die oben ſo genannte „Schuldſumme" einen ebenſo concreten Ausdruck findet, wie die Zahlungsſumme. Die eine wie die andere wird „gegeben". Da muſste ſich denn zu allererſt fühlbar machen, daſs der obligatoriſche Contract die Schuld nicht nothwendig in der Geldart bezeichnet, welche als Zahlung zu leiſten iſt.[35] Hätte nun dies zur Klärung der Theorie beitragen können, ſo hatte aber eben dieſer Ausgangspunkt zur Folge, daſs man einen ganz fremden Geſichtspunkt hereinzog, die Rückſicht nämlich auf die Wuchergeſetze. Statt zu fragen, wie viel zur Tilgung der eingegangenen Verpflichtung zu zahlen ſei, fragte man nun, wie viel als Zahlung bedungen werden dürfe.[36] Hierzu

---

[33] Auch die „internationale" Geldſchuld. Mehr darüber unten S. 124 ff.

[34] S. oben N. 1.

[35] In der That ſcheidet ſchon § 986 die zwei Fragen, „inwieferne ein Darlehen in klingender Münze geſchloſſen" werden könne, und „in welcher Währung es zurückzuzahlen ſei"; vgl. Zeiller III S. 232. S. auch Savigny S. 442 f.

[36] S. z. B. Glück XII S. 74, Souchay in Linde's Ztſchr. N. F. IX S. 348, oder den Entwurf bei Ofner II S. 458 (dazu aber die Bemerkung von Sonnenfels daſ. S. 459 f.). Aber

kamen noch eine ganze Reihe weiterer Unklarheiten in der Fragestellung; und doch, wenn irgendwo, so zeigt sich auf diesem Gebiete, wie die correcte Fassung des juristischen Problems die Hälfte der Schwierigkeit, aber auch schon den halben Weg zu ihrer Lösung bedeutet. Es lohnt sich deshalb — ohne im übrigen auf alle Controversen einzugehen — einen Blick auf jene Unklarheiten der Fragestellung zu werfen, sei es auch nur, um damit die einschlägigen Normen des a. b. Gb. richtig würdigen zu lernen. — Schon die ältere Terminologie ist eine durchaus schwankende. So bezeichnet das a. b. Gb. mit „Geldsorte" oder „Münzsorte"[37] bald das gesammte Währungssystem (§ 905), bald die einzelnen Münzarten innerhalb der Währung (§§ 987—989).[38] Von „Währung" oder „Valuta" aber ist nicht bloß in dem heute als technisch verstandenen Sinne der Landeswährung die Rede (§ 986), sondern wiederum auch zur Bezeichnung der einzelnen Münzsorte, wie sich aus der Vergleichung von §§ 987 f. mit § 986 ergibt, welch letzterer durch erstere seine nähere Ausführung erhält. Aus dem Worte „Münze" ergab sich aber auch leicht eine zu enge Abgrenzung des zu beobachtenden Gebietes. Man dachte dabei nur an Metallgeld des betreffenden Staates und vergaß, dass es auch „Geld" im Verkehre gibt, das nicht aus der Münze dieses Staates kommt, sowie anderseits, dass das Papiergeld ohne Zwangscurs dem fremden Metallgelde gleichsteht,[39] falls es aber einmal absoluten Zwangscurs hat, ganz so als gesetzliches Zahlungsmittel fungiert, wie das harte Geld; daher die für Geldschulden aufgestellten Rechtssätze auch auf Papiergeld anwendbar sein müssen.[40] Was nun diese Rechtssätze be-

auch Neuere betonen, dass es sich beim Darlehen vor allem um die Rückgabe genau des empfangenen Wertes handle, die Frage daher nicht ganz so liege wie bei anderen Geldschulden; s. Savigny S. 453, Knies S. 322 ff. Indes gelten hier in der That keine anderen Grundsätze; wahr ist nur, dass die Capitalschuld stets ausgedrückt erscheint durch die wirklich gegebene Darlehensvaluta und insoferne die als Rückzahlung stipulierte („ausgedrückte") Summe jene übersteigt, es sich um Zinsenschuld handelt (s. oben S. 95). Dass aber solche Vereinbarung heute nicht principiell ausgeschlossen erscheint, ist bereits oben S. 112 f. bemerkt.

[37] Über die Begriffe „innerer" und „äußerer" Wert s. unten S. 121.

[38] Letzteres der gewöhnlichere Sinn; vgl. Pfeiffer S. 55 f. und Reg. z. a. b. Gb., welches „Münzsorte" als „Geldstücke" (s. h. v.) bezeichnet.

[39] Oder auch inländischem, nicht zur „Währung" gehörigem Gelde, z. B. österreichischen Goldstücken. — Der heutigen Auffassung des Verkehres gilt das Papiergeld, Staats- oder Banknote, jedenfalls als wahres „Geld", und es ist nicht einzusehen, warum das Recht dies — bis auf den Zwang zur Annahme — nicht anerkennen sollte. Insbesondere ist die Zahlung mit Papiergeld wirkliche Zahlung, nicht datio in solutum; so auch Dernburg Pr. R. II § 92 N. 2, § 32 N. 1, Koch l. c. S. 17 f., Mandry civilr. Inhalt d. Reichsges. (3. Aufl.) S. 190 N. 15; a. M. Goldschmidt S. 1195, 1202, Hasenöhrl S. 214 N. 46; s. auch Knies S. 270 ff.

[40] Das Papiergeld ohne Zwangscurs fällt unter die Rechtssätze für Nicht-Landeswährung, das Papiergeld mit Zwangscurs unter die für Landeswährung; vgl. Hartmann S. 57. Obgleich natürlich manche Besonderheiten für das Papiergeld sich ergeben, lässt sich also doch wohl nicht mit Goldschmidt S. 1071 N. 46 (s. auch Schüßler S. 503) behaupten, es sei ein Fehler, Papier- und Metallgeld überhaupt in der rechtlichen Untersuchung nebeneinanderzustellen.

trifft, so wusste die ältere Schule nicht einmal die Frage, wie viel geschuldet sei (im Texte d), von der Frage, in welchem Gelde Zahlung bedungen werden könne (im Texte b), gehörig zu sondern.[41] Man erörterte nur, inwieweit die im Vertrage festgesetzte Münzsorte zu leisten sei, und welchen Einfluss eine zwischen Entstehung und Tilgung der Obligation vorfallende Münzveränderung auf diese Verpflichtung habe.[42] In Wahrheit aber wird die Frage nach dem Inhalte der Geldschuld praktisch, so oft, gleichviel aus welchem Grunde, die Zahlung in einer anderen Währung erfolgt als derjenigen, in welcher die Schuld ausgedrückt war.[43] In Betracht kommen somit (für das Darlehen) die Fälle: 1. Wenn Zahlung in anderer als der „gegebenen" Währung bedungen ist (ohne vertragsmäßige Festsetzung des Wertverhältnisses beider)[44] — 2. wenn (in Ermangelung einer Verabredung über die Zahlungsvaluta) am Zahlungsorte eine andere Währung die gesetzliche ist[45] — 3. wenn das Geld, in welchem die Schuld ausgedrückt und zu zahlen war, zur Zeit der Zahlung nicht mehr existiert — oder 4. wenn freiwillig andere als die verabredete oder gesetzliche Zahlungsvaluta gegeben und genommen wird[46] (ohne gleichzeitige vertragsmäßige Fixierung des Umrechnungsfußes). — Mit Rücksicht hierauf war es gewiss ein großer Fortschritt, wenn Savigny von der viel zu engen Fassung der Frage bei den Älteren „zu der allgemeineren Frage aufstieg": „Welches ist der wahre Inhalt einer Geldschuld?" Ist derselbe „zu verstehen von dem Nennwert, oder von dem Metallwert oder von dem Curswert der in dem Rechtsgeschäft ausgesprochenen Summe"?[47] Gleichwohl ist auch damit nicht genug gethan. Erschöpfend ist nur die Doppelfrage (im Texte zu d α und β): In welchem Werte ist die „ausgesprochene" Summe (Schuldsumme) und in welchem ist die zu zahlende Geldsumme (Zahlungssumme) zu berechnen? Die Savigny'sche Formel umfasst nur den ersten Theil dieser Frage. Dass aber auch der zweite Theil von Bedeutung ist, lehrt schon der Umstand, dass auch Savigny und seine Nachfolger unter Umständen, einem richtigen Gefühle folgend, die Schuld nach dem Curs der Zahlungszeit bemessen; denn es ist klar, dass die durch den Entstehungsgrund der Obligation bestimmte Schuldsumme durch diesen selbst gegeben, nicht erst durch die noch unbekannten Umstände der späteren Zeit constatiert werden kann,[48] wohl aber entsteht die Frage nach der Bedeutung des in Zahlung gegebenen Geldes

[41] S. nur Glück XII § 783.

[42] S. z. B. die Überschrift bei Glück § 783 und bei Pfeiffer S. 51, Mühlenbruch II S. 361; aber auch noch Sintenis II S. 58 und selbst Savigny S. 442. Über §§ 988 f. s. unten S. 121 f.

[43] Vgl. Windscheid S. 31 N 23, Goldschmidt S. 1158 f. Nicht genau Wendt S. 464.

[44] S. oben S. 112 f.

[45] Dass dann in dieser Währung zu zahlen, s. oben S. 111.

[46] Hasenöhrl S. 241 N. 36 übersieht, dass sehr wohl ein Übereinkommen zwischen Gläubiger und Schuldner Zahlung in anderer als der ursprünglich geschuldeten Währung festsetzen kann, ohne zugleich über die Art der Umrechnung etwas zu bestimmen.

[47] Savigny S. 403 f., 442.

[48] Vgl. oben S. 113.

naturgemäß eben erst zur Zeit der Zahlung.[49] Vollends aber erscheint die Theilung unserer Frage theoretisch und praktisch geboten, wenn man auf Fälle sieht, wo zur Zeit der Begründung der Schuld an Zahlung in einer anderen Währung, also auch an ein Cursverhältnis, gar nicht gedacht war, oder nicht gedacht werden konnte.[50] Das Verdienst, diese zwei Fragen correct gestellt zu haben, gebürt Windscheid und Goldschmidt.[51] Für jede der beiden also ist nun die alte Frage aufzuwerfen, ob die wahre Bedeutung der Geldsumme nach Metallwert, Nennwert oder Curswert sich ergebe. — Dem Charakter der Rechtslehre früherer Jahrhunderte entsprach es, in redlichem Unterthanengehorsam schlechthin den Nennwert des Geldes, als den durch Befehl des Landesherrn festgesetzten Wert der Münze,[52] für maßgebend zu erklären. Nur langsam brachte es das Elend der Münzverwaltung in den deutschen Territorien dahin, dass Verkehr und Jurisprudenz schließlich den Nominalwert der Münzen als einen meist nur „nominellen" unbeachtet ließen und auf den Metallwert sahen.[53] Die Wage statt des Münzstempels sprechen zu lassen und bei Zahlungen nur auf den Gehalt des Geldes an Edelmetall — Metallwert in diesem Sinne — zu achten, war in jenen Zeiten füglich ein Nothbehelf. Irrig aber war es, wenn daraufhin die Theorie[54]

---

[49] Soweit der Curswert des Geldes in Betracht kommt, ist dieser für die Schuldsumme (Frage α) der Curs der Zeit des Contractes, für die Zahlungssumme (Frage β) die Zeit der Zahlung. Wenn daher vielfach einfach gefragt wird, ob ein Darlehen nach dem Curse zur Zeit der Hingabe oder zur Zeit der Rückzahlung zu berechnen sei — s. Pothier Traité du prêt (Oeuvr. Tom. V) p. 403, Glück l. c. S. 72 ff., auch Hartmann S. 105 f. — so steckt darin unausgesprochen das Zugeständnis, dass bald die Berechnung der Schuldsumme, bald die der Zahlungssumme die entscheidende Frage ist. S. die betreffenden Fälle unten S. 122.

[50] S. unten S. 123.

[51] Windscheid § 256, Goldschmidt S. 1161 ff. Auf dasselbe kommt im Grunde auch Knies S. 327 mit den zwei Fragen: „Welchen Inhalt hat eine ... Geldforderung ohne Rücksicht darauf, wie lange sie besteht?" und: „Verändert er sich infolge einer zwischen ... Entstehung und ... Tilgung belegenen Zeitfrist?" (vgl. auch S. 330). Auch bei Hufeland üb. d. rechtl. Natur der Geldschulden (1851) S. 25 f., 46 f. klingt schon unsere Doppelfrage sehr deutlich an. Hasenöhrl folgt zwar Goldschmidt in der Scheidung zwischen Schulden in Landeswährung und Nicht-Landeswährung, stellt aber dann für jede der beiden Kategorieen (S. 228 ff., 240 ff.) wieder nur die einfache Frage nach der „Berechnung der Schuld" — so wie etwa Puchta Vorles. I S. 90 „die Frage nach der Quantität". An Fälle, in welchen eine in Landeswährung ausgedrückte Schuld in Nicht-Landeswährung gezahlt wird oder die in einer Nicht-Landeswährung ausgedrückte in einer anderen Nicht-Landeswährung — s. unten S. 122 f. — scheint er nicht zu denken. Insbesondere die Schuld, „welche auf Landeswährung lautet" (S. 217), ist ihm gleichbedeutend mit einer Schuld, deren „Zahlung in Landeswährung zu geschehen" hat (S. 224). Ryck (S. 380 f.) geht über die Schwierigkeiten der Frage doch wohl zu leicht hinweg.

[52] Pfeiffer S. 53, 61, vgl. Thibaut Pand. I § 99. S. die ältere Literatur bei Hufeland l. c. S. 38 ff. Absolute Geltung des Nennwerts statuiert der Code Art. 1895; dazu Savigny S. 500 ff.

[53] Vgl. Hufeland l. c. S. 39, Hartmann S. 119 ff., Goldschmidt S. 1137 N. 65.

[54] So noch Glück l. c. S. 71, Puchta P. § 38. Über §§ 988 u. 989 s. unten.

den Wert des in der Münze enthaltenen feinen Metalles — Metallwert in diesem Sinne — als „Inhalt der Geldschuld" bezeichnete; denn die Münze ist stets mehr wert als das in ihr ausgeprägte Metall, die Geldschuld aber hat eben Geld, d. i. gemünztes Metall zum Gegenstande.[55] Mit gutem Grunde bekämpfte daher Savigny diese Theorie. Wenn er seinerseits, den Nennwert völlig ignorierend, ein für allemal den Curswert für entscheidend erklärt, so beruht jedoch dies, sowie der große Erfolg seiner Auffassung,[56] auch noch immer auf jener Furcht vor Willkür der Staatsgewalt in der Bestimmung fictiver Nennwerte.[57] Eine nahezu unbegreifliche Unklarheit dieser Theorie aber ist es, dass sie für viele Fälle die Antwort auf die Frage schuldig bleibt, welches Cursverhältnis ins Auge zu fassen, woran der Verkehrswert des Geldes zu messen sei. Das ungemünzte Metall — bei Silberwährung das Silber, bei Goldwährung das Gold[58] — als Maßstab zu wählen,[59] ist gerade so willkürlich, als wollte man Getreide oder irgend eine andere Ware dazu machen; denn, wie schon oben bemerkt, die Geldforderung geht ebensowenig auf Silber oder Gold, wie auf Getreide, sondern eben auf Geld.[60] Sucht man also überhaupt nach einem Maße für den Wert der in einer Obligation ausgedrückten Schuldsumme, so kann das wieder nur irgend eine Geldart sein; aber welche? Handelt es sich um eine Schuld, die in einer Geldsorte ausgedrückt, in einer anderen zu zahlen ist, so lässt sich füglich sagen, entspreche es der Parteiabsicht, erstere an letzterer zu messen.[61] Wie aber, falls an Zahlung in anderem Gelde gar nicht gedacht ist, vor allem wenn die auf Landeswährung lautende Schuld in

---

55 Gegen diesen Fehler — der sich immer noch, z. B. bei Ryck S. 379 f., Nagl J. Bl. 1875 S. 248, Ofner Inductive Meth. S. 40, Schüßler S. 521, aber auch Hertzka in dem unten N. 95 citierten Aufsatze S. 224 f. findet — s. Goldschmidt S. 1079, 1117 N. 1, Knies S. 329, Hartmann Internat. Geldsch. S. 35 f. Wahr ist nur, dass, wo für die Umrechnung einer Schuldsumme aus der ausgedrückten in eine andere Währung auf den Nennwert zu sehen ist (so im Falle einer Münzveränderung bei Umrechnung aus der alten in die neue Landeswährung — s. unten S. 124), falls eine gesetzliche Feststellung des Verhältnisses beider fehlt, in der That nur das Verhältnis des — durch den Münzfuß gegebenen — Metallgehaltes beider Sorten zur Grundlage dienen kann, ebenso überall da, wo auf einen Curswert deshalb nicht Rücksicht genommen werden kann, weil ein Curs — d. i. Marktpreis: Goldschmidt S. 1103 — zwischen beiden in Frage kommenden Geldarten thatsächlich nicht existiert. Nicht verständlich ist es aber, wie Schüßler (S. 509) behaupten kann: dass der Curs- nicht mit dem Metallwerte zusammenfalle, sei eine seltene, anomale Erscheinung, auf die die Theorie gar nicht einzugehen brauche.

56 S. neuestens noch Wendt § 189, Förster-Eccius I S. 654. Von österreichischen Schriftstellern Kirchstetter S. 483, Sághy § 12.

57 Vgl. Savigny S. 410 f., 427 ff., dazu Souchay l. c. S. 347, 350.

58 Wie aber bei Doppelwährung? Dass Savigny's Theorie da versagt, hat Hartmann S. 72 f. gezeigt; vgl. auch Knies S. 331.

59 So Savigny S. 433, 462; vgl. etwa noch Arndts § 205.

60 S. die Widerlegung der Theorie des Curswerts bei Hartmann § 11.

61 Obgleich die Berufung auf den „Parteiwillen" in diesen feinen Fragen gewiss nicht unbedenklich ist. Vgl. unten N. 65.

eben dieser Landeswährung zur Zahlung gelangen soll?[62] Und doch soll nach Savigny auch hier der „Curswert" der ausgedrückten Summe den Inhalt der Obligation bilden! — Die richtigen Wege hat auch hier Goldschmidt gewiesen, indem er treffender als Savigny das Wesen der gesetzlichen Währung erkannte.[63] Die Erklärung eines bestimmten Geldes als Landeswährung involviert die Rechtsnorm, dass die betreffende Münze zu ihrem gesetzlichen, d. i. dem Nennwerte als Wertmaß wie als Zahlungsmittel zu gelten habe.[64] Solche Rechtsnorm hindert principiell nicht, eine Schuld in anderem Gelde auszudrücken, oder Zahlung in anderem Gelde zu bedingen, aber wer sich zu einer Geldleistung in dem Herrschaftsgebiete dieses Münzgesetzes verpflichtet, kann daran nichts ändern, dass die Leistung nach diesem gesetzlichen Maße gemessen werde,[65] mag dies Maß ein zutreffendes oder irriges, mit anderen Worten das Münzgesetz ein gutes oder schlechtes sein.[66] Anderseits, gut oder schlecht, gilt dies Recht nicht außerhalb des Herrschaftsgebietes, dem es angehört.[67] Im Auslande unterliegt jedes Geld der freien Wertschätzung des Verkehres, der dessen Preis in dem eigenen Wertmaße, der Währung des eigenen Landes bemessen wird. Aus diesen Erwägungen ergeben sich die Antworten auf die oben erwähnten zwei Fragen des Textes zu d α und β: Die Schuldsumme, welche in der Landeswährung des Zahlungsortes ausgedrückt ist, ist nach dem Nennwerte zu berechnen, die in anderem Gelde ausgedrückte nach dem Curse desselben zu der Landeswährung des Erfüllungsortes; und die Zahlung in der Währung dieses Ortes wird

[62] Wenn ein Darlehen von 100 fl. ö. W. nach zehn Jahren rückzuzahlen ist, müsste der Curs des fl. ö. W. zum fl. ö. W. gefunden werden; davon könnte aber nur in dem heute ganz anomalen Falle die Rede sein, dass ohne Änderung des Münzfußes die Münzen der Währung ungleich ausgeprägt würden; vgl. Goldschmidt S. 1104.

[63] S. besonders Goldschmidt S. 1069 f., 1079, 1121 ff., 1167 ff. Seine Auffassung ist, trotz mancher Abweichung im einzelnen, heute ziemlich allgemein angenommen; vgl. etwa Windscheid § 256, Dernburg P. II § 26, Knies S. 226 ff., 320 ff., Hasenöhrl S. 214 f., 218 f., Karlowa Krit. Vierteljhrschr. XI S. 526 ff. (dagegen die oben N. 56 citierten Schriftsteller). Sehr nahe steht ihm schon Hartmann §§ 12, 15.

[64] Der Zwangscurs ist (für das Währungsgeld) keine Anomalie, wie Savigny S. 444 f. meint; dass der staatlichen Tarifierung wie jedem anderen Befehle der Staatsgewalt Folge gegeben werden müsse, ist das natürliche — vgl. Goldschmidt S. 1079, aber auch schon Souchay l. c. S. 347 und vom volkswirtschaftlichen Standpunkte Knies S. 326 ff.; dagegen ohne „wertvolles Argument" Ryck S. 380.

[65] Vgl. bei Laband Staatsr. d. deutsch. Reichs II S. 412, treffende Bemerkungen über die Bedeutung des Münzgesetzes. Es kann daher nicht zugegeben werden, dass die Frage, ob Curswert oder Nennwert, schlechthin Auslegungsfrage sei — so Savigny S. 461, vgl. S. 441, 456, aber auch Windscheid S. 31 f., Schüßler S. 509. S. gegen die Überschätzung der „Parteiabsicht" Bekker S. 3.

[66] Vgl. Bekker S. 97, Hasenöhrl S. 219. Insbesondere gilt das Gesagte auch für das Papiergeld, wenn es, wie in Österreich, absoluten Zwangscurs hat (vgl. Bekker S. 99); mit Recht hat übrigens Knies S. 332 bemerkt, dass in Bezug auf derartiges Papiergeld Savigny S. 450 aus der Rolle fällt.

[67] Dies hat Savigny S. 424, 455 richtig erkannt, darin jedoch irrig ein Argument für die allgemeine Geltung des Curswertes erblickt; vgl. Goldschmidt S. 1079 N. 28.

nach dem Nennwerte des betreffenden Geldes gegeben und genommen, die Zahlung in anderem Gelde nach dessen Curs zu jener Landeswährung.[68] — Es erübrigt noch, darauf hinzuweisen, dass diese Grundsätze auch mit den Normen des a. b. Gb. im Einklange stehen. Es gehören hierher die §§ 988, 989. Dieselben behandeln aber nur in näherer Ausführung zu § 987 den ganz speciellen Fall, dass eine bestimmte Münzsorte stipuliert[69] ist (Münzsortendarlehen) und nun eine „Münzveränderung" eintritt; dabei ist, wie schon die Beispiele des § 988, überdies der Zusammenhang mit § 986 zeigen, nur an inländische Geldsorten gedacht. Für dies eng begrenzte Gebiet trifft nun ihre Entscheidung vollkommen zu: Veränderungen des „äußeren Wertes"[70] der bedungenen Münze, d. i. ihres Nennwertes gegenüber anderen Münzen der Landeswährung sind irrelevant[71] — ein Satz, den § 988 freilich in der unglücklichen Form ausspricht, die Veränderung gehe „auf Rechnung des Darleihers".[72] Bei Änderung des „inneren Wertes" aber, d. i. des Metallgehaltes,[73] ist — innerhalb der Landeswährung, für welche der Curs nicht in Betracht kommt — für die Umrechnung das Wertverhältnis der neuen gegen die alte Münze in der That durch das Verhältnis des gesetzlichen

---

[68] S. oben S. 113 f.

[69] Das amtliche Register zum a. b. Gb. v. „Münzsorte" führt die §§ 987—989 zu dem Schlagworte an: „Darleihen in bestimmten Münzsorten, wie es zurückzuzahlen". Auch die, sonst recht unklaren, Berathungsprotokolle zu den §§ bei Ofner II S. 65 f., 409, 618 ff. lassen diese Begrenzung erkennen. Ebenso fasst sie auf Zeiller III S. 244, Scheidlein S. 31; unrichtig Brakenhoeft S. 203.

[70] Über die Dogmengeschichte der unklaren Begriffe des „äußeren" und „inneren Wertes" s. Hartmann S. 117 ff. (vgl. Savigny S. 425, 427). Während unsere Schriftsteller den „äußeren Wert" des § 988 lediglich als den Nennwert verstehen — Zeiller III S. 244 f., Nippel VII, 1 S. 22 f., Stubenrauch II S. 336, Schiffner § 83 S. 64, sowie z. B. Pfeiffer S. 57 f. — bedeutete ursprünglich die „bonitas extrinseca" den Curswert, der Theorie des vorigen Jahrhunderts aber, auf deren Boden das a. b. Gb. steht (s. Hartmann S. 131), umfasste der „äußere Wert" im Gegensatze zum Metallgehalte der Münze sowohl Nennwert als Curswert, s. Glück XII S. 80 ff. und noch Göschen Vorles. II, 2 S. 48, Vangerow III S. 30, Koch l. c. S. 51. Es darf also wohl in § 988 auch der Satz gefunden werden — s. auch Scheidlein S. 35 — dass in den Fällen, auf welche er sich bezieht, Cursschwankungen nicht in Betracht kommen; vgl. Unterholzner I S. 235.

[71] D. h., der Schuldner zahlt die ausgedrückte Summe der im Vertrage bedungenen Münzsorte, z. B. von 3000 Zwanzigkreuzerstücken, wenngleich denselben inzwischen ein anderer Nennwert, z. B. von 35 Kreuzern, beigelegt wäre; aus eben diesem Grundsatze folgt, dass, wenn die Schuld — freiwillig oder nach Rechtsnorm (s. oben S. 117) — statt in der bedungenen in anderer Münze, z. B. in den neuen Kreuzern, zur Zahlung gelangte, sie nach ihrem Nennwert, also in dem Beispiele 35 für einen „Zwanziger", zu zahlen wäre; der Einwand Hasenöhrl's S. 233 N. 74 scheint daher nicht begründet, wichtiger das Bedenken vom legislatorischen Standpunkte bei Hartmann S. 132.

[72] Man könnte ebensogut sagen, die Veränderung gehe „auf Rechnung des Schuldners", vgl. Winiwarter IV S. 189, Stubenrauch II S. 336 N. 3.

[73] D. i. des gesetzlichen, durch den Münzfuß gegebenen, nicht des factischen; vgl. Hartmann S. 132, Bekker S. 97 ff. Wo aber ersterer verändert ist, kommt nichts darauf an, ob der Name der Münze derselbe bleibt oder nicht; vgl. Souchay l. c. S. 352, Unterholzner S. 232 N. f, Goldschmidt S. 1096.

Metallgehaltes beider gegeben, was natürlich das die Veränderung herbeiführende Gesetz kaum jemals zum Ausdrucke zu bringen unterlassen wird. Soweit § 988 a. E. und § 989. Irgend eine Nöthigung, die Grundsätze dieser §§ analog zu verwerten,[74] besteht nicht, und irrig wäre es deshalb zu behaupten, nach dem a. b. Gb. sei niemals auf den Curs oder etwa stets auf den „Metallwert" als den entscheidenden zu sehen.[75]

Zusatz 2. Es ist so leicht, in den hier in Betracht kommenden Fragen unklar zu sein, dass es nicht überflüssig erscheint, die Bedeutung der gewonnenen Rechtssätze in ihrer Anwendung auf die möglichen **concreten Fälle** zu illustrieren. Überall handelt es sich dabei, die Gleichung zu finden zwischen Schuldsumme und Zahlungssumme. Erstere soll mit s, letztere mit z bezeichnet werden. Für jede der beiden kann je nach Umständen der Nennwert oder der Curswert der maßgebende sein. Hiernach ergeben sich in Anwendung insbesondere der oben S. 113 f. unter α, β festgestellten Sätze folgende Combinationen: 1. Es ist gleichzusetzen der Nennwert von s und der Curswert von z jedesmal, wenn die in Landeswährung des Erfüllungsortes ausgedrückte Schuld in anderer Währung zur Zahlung gelangt;[76] dazu führen möglicherweise der 1. und 4. Fall des Zus. 1 (oben S. 117). Beispiel: Ein in Wien am 1. Jänner gegebenes Darlehen von 100 fl. Banknoten, rückzahlbar in Wien am 1. Juli in Reichsmark — s = 100 fl. Silber (Nennwert von 100 fl. Noten), z = so viele Mk. als nach dem Curse vom 1. Juli in Wien 100 fl. (Silber) wert sind, z. B. (bei einem Curse von 20 Mk. = 11,50 fl.) = 173,91 Mk.[77] — 2. Zur Vergleichung des Curswertes von s mit dem Nennwerte von z kommt es, wenn die Schuldsumme nicht in der Landeswährung des Zahlungsortes bestimmt ist, in welcher dann die Zahlung erfolgt; dies kann im 1. oder 2. Falle des Zus. 1 zutreffen. Beispiele: In Wien am 1. Jänner gegebenes Darlehen von 100 Mk., in Wien am 1. Juli rückzahlbar in ö. W.; oder: in Berlin am 1. Jänner gegebenes Darlehen von 100 Mk., Rückzahlung in Wien bedungen ohne Verabredung bezüglich der Rückzahlungsvaluta[78] — s = so viele fl. ö. W. als 100 Mk. nach dem Curse vom 1. Jänner[79] in Wien bedeuten, z. B. (20 Mk. = 11,80 fl.) = 59 fl. ö. W. (Silber), z = 59 fl. ö. W. Noten zum Nennwerte.[80] — 3. Zur Feststellung der

---

[74] So Sághy S. 225 f. Ein allgemeingiltiges Princip findet in § 988 auch Beseler deutsch. Privatr. (3. Aufl.) S. 426.

[75] So Goldschmidt S. 1165 N. 57.

[76] So auch Hartmann S. 105.

[77] Ebenso, wenn das, in Wien zahlbare, Darlehen in Paris gegeben wäre.

[78] Zahlungsvaluta ist dann die Landeswährung des Erfüllungsortes, s. oben S. 111.

[79] Dass der Wert von s nach dem Curse zur Zeit der Schuldbegründung sich bestimmt, s. oben bei N. 27. Ein anderes ist es, wenn die in fremder Währung ausgedrückte und vertragsmäßig in eben dieser Münze „effectiv" rückzuzahlende Schuld — etwa behufs Execution — in die Landeswährung umzurechnen ist; da handelt es sich in der That nur um die Bestimmung von z, d. i. die Frage, wieviel nach dem Curse der Zahlungsvaluta zur Zahlungs- resp. Executionszeit der Schuldsumme gleichkommt; so der Fall Slg. 11064.

[80] Denkbar ist auch, dass die in fremder Währung ausgedrückte, aber vertragsgemäß in Landeswährung zahl-

Curswerte sowohl von s als von z kann der 1. und 4. Fall des Zuf. 1 Veranlassung geben.[81] Beispiel: Am 1. Jänner in Wien gegebenes Darlehen von 100 Frs., zurückzuzahlen ebendaselbst am 1. Juli in deutschem Gelde — s = Curs von 100 Frs. am 1. Jänner zu ö. W., z. B. (1 Nap. = 9,50 fl.) = 47,50 fl. ö. W., z = so viele Reichsmark als nach Wiener Curs vom 1. Juli 47,50 fl. ausmachen, z. B. (20 Mk. = 11,50 fl.) = 82,61 Mk. — Überblickt man diese Fälle, so findet sich in den beiden ersten allerdings nur eine einfache Berechnung, und man könnte versucht sein, unsere Doppelfrage (nach s und z) für einen Umweg zu erklären. In der That könnte die Regel geradezu dahin formuliert werden, es sei der Inhalt der Schuld in beiden genannten Fällen der Curswert der ausgedrückten Summe; allein dass dies im ersten derselben der Curs der Zahlungszeit, im zweiten der Curs der Entstehungszeit der Obligation ist,[82] das kann nur klar werden, wenn die Fragen so gestellt werden, wie es hier geschehen.[83] Vollends aber in dem dritten jener Fälle ist ohne die getrennte Berechnung, zuerst von s dann von z, zu einem Resultate gar nicht zu kommen. Wollte man einfach den Satz anwenden, der Curswert der ausgedrückten Summe bilde den „Inhalt der Geldschuld", und wäre auch schon irgendwoher entschieden, ob dafür der Curs zur Zeit der Schuldbegründung oder der Zahlung maßgebend sei; immer bliebe die Umrechnung undurchführbar,

---

bare, Schuld thatsächlich doch in ersterer getilgt werden will — z. B. das in Wien in ö. W. zahlbar gewesene Darlehen von 100 Mk. factisch in deutschem Gelde (etwa im Wege einer in Deutschland vollzogenen Realexecution). Die Schuldsumme bleibt auch hier nicht 100 Mk., sondern ihr Curswert vom 1. Jänner = 59 fl. ö. W.; die Zahlungssumme z ist daher nach dem (Wiener) Curse dieser Summe am Zahlungstage in Reichsmark zu berechnen, also am 1. Juli (bei einem Curse von 20 Mk. = 11,50 fl. ö. W.) = 102,61 Mk. An derartige Fälle scheint Windscheid S. 31 N. 23 zu denken.

[81] Vgl. den Fall der vorigen Note.

[82] Dass nicht alle Fälle in dieser Beziehung gleichstehen haben auch die Älteren erkannt, vgl. oben N. 49; Savigny aber hat S. 456 f. Beispiele für beiderlei Fälle gegeben (s. dagegen freilich Hartmann S. 106 f.). Zu bezweifeln scheint mir denn auch, ob der D. Entw. § 215 (Abs. 2 und 3) recht thut, unterschiedslos den Curs der Zahlungszeit für maßgebend zu erklären (vgl. oben N. 27); die Mot. II S. 13 geben dazu keine Begründung.

[83] Aber es gibt noch andere Punkte, welche durch die einfache Fragestellung: „Wie wird die Schuld berechnet?" keine Erledigung finden können. Man denke etwa ein in Wien in ö. W. (Staatsnoten) gegebenes, ebenda in ö. W. zurückzuzahlendes Darlehen von 100 fl., welches nach Jahren aus irgend welchem Grunde in Berlin in Reichswährung thatsächlich bezahlt werden soll. Zu „berechnen" ist — das mag als ausgemacht gelten — der Curs von 100 fl. zur Zeit und am Orte der Zahlung; bleibt aber die Frage: Ist der in Berlin notierte Curs der österreichischen Staatsnoten oder des Silbergoldens zugrunde zu legen? Darauf ist schlechthin die Antwort nur möglich, wenn man sich zuerst die Frage vorlegt: Was bedeutete die Schuldsumme von 100 fl. ö. W. in Österreich zahlbar zur Zeit des Contractes? Galt zu jener Zeit in Österreich Zwangscurs der Noten, so war die Schuldsumme (s) der Nennwert von 100 fl., also = 100 fl. Silber, galt damals kein Zwangscurs, so war sie nach dem Curse des Papiergeldes jener Zeit zu bestimmen (§ 390), z. B. = 99 fl. ö. W. Silber. Jetzt erst kann gefragt und berechnet werden, wie viel Reichsmark nun in Berlin zur Tilgung von 100 fl. resp. 99 fl. ö. W. erforderlich sind (z).

weil am Zahlungsorte ein Curs zwischen den beiden daselbst fremden Währungen nicht existiert (in obigem Beispiele ein Wiener Curs zwischen Francs und Reichsmark); ein Grund aber, den Curs irgend eines anderen Platzes (etwa Berlin oder Paris) zur Grundlage zu wählen, wäre schlechthin nicht erfindlich. — Als 4. Combination erscheint endlich die Vergleichung der beiden Nennwerte von s und z, wo die Obligation ausgedrückt und gezahlt wird in der Landeswährung des Erfüllungsortes. In den alltäglichen Fällen dieser Art — Darlehen von 100 fl. ö. W. in Österreich gegeben und ebenda in ö. W. gezahlt — bedarf es freilich nicht erst juristischer Untersuchung oder schwieriger Berechnung. Aber diese einfachste Combination umfasst gerade auch die Fälle, welche am allermeisten zu Streit und Zweifel Anlass gegeben haben, die Fälle einer Währungsänderung[84] (am Zahlungsorte) (Fall 3 des 1. Zusatzes). Es wird gut sein, zur Klarstellung eben dieser Verhältnisse und zur Sicherung des bereits oben S. 115 abgegebenen Urtheiles über dieselben gerade von der zuletzt berührten einfachsten Gestaltung aus auf die verwickelteren hinzuleiten. Wir modificieren daher obigen Fall zunächst nur wenig: Ein Darlehen sei in Österreich gegeben und werde in Österreich gezahlt in der Landeswährung, aber gegeben 1850 in 100 fl. C. M., gezahlt 1860 in ö. W. — s = 100 fl. C. M. im Nennwerte, z = x fl. ö. W. im Nennwerte d. i. so viele fl. ö. W., als nach dem zur Zahlungszeit, 1860, geltenden Gesetze die Kraft haben, eine Schuld von 100 fl. C. M. zu tilgen. Wer wird hier zweifeln, dass eine Schuld von 100 fl. C. M. mit 105 fl. ö. W. abgetragen werde, und dies nicht weil der Metallgehalt der neuen zu dem der alten Münze sich wie 100 zu 105 verhält, sondern einfach, weil das neue Münzgesetz, § 5 resp. § 9 Pat. v. 27. April 1858 R. G. B. 63 so bestimmt![85] — Oder: Ein heute in Banknoten gegebenes Darlehen von 100 fl. käme zur Rückzahlung nach Aufhebung des Zwangscurses; s = 100 fl. ö. W. Silber (Nennwert der Noten), daher z = 100 fl. Silber,[86] oder falls dann in Papier gezahlt würde, so viel als nach dem Curse der Zahlungszeit = 100 fl. Silber in Noten betrüge. — Bedeutsamer noch wird unsere doppelte Fragestellung, falls zwischen Entstehung und Tilgung der Obligation eine vorübergehende Währungsänderung liegt. Dahin gehört die

[84] Selbstverständlich kann auch in den Fällen 1—3 die Währungsänderung in Frage kommen. Wie gezeigt, ist, um die Gleichung zwischen Schuldsumme und Zahlungssumme zu gewinnen, der gleiche Nenner, auf den beide zu bringen sind, stets die Landeswährung des Erfüllungsortes: s und z sind entweder schon ausgedrückt als eine Summe dieser Währung oder nach dem Curse in diese umzurechnen, jedoch s naturgemäß ausgedrückt oder umzurechnen in Landeswährung der Zeit des Vertrages, z in Landeswährung zur Zahlungszeit. Liegt also inmitten eine Währungsänderung, so schiebt sich überall die Frage ein, welche Summe der neuen Landeswährung der in der alten ausgedrückten entspricht.

[85] Allerdings ist die Norm des cit. Pat. v. 1858 eben die schon aus allgemeinen Principien (§§ 988 f.) folgende.

[86] S. Knies S. 333, Karlowa l. c. S. 552 f., Hartmann S. 94 f., Windscheid S. 35: vgl. Slg. 2149. Richtig im Resultate Sághy in Grünhut's Ztschr. V S. 758 ff., obgleich er (S. 760) das irrig als eine Frage der Rückwirkung des Gesetzes auffasst.

noch heute vielfach praktische und bestrittene Frage nach dem Einflusse des Finanzpatentes von 1811 (Einführung der sog. Wiener Währung) auf ältere Schuldverhältnisse.[87] Kann man in der That behaupten, das Gesetz von 1811 habe den Inhalt der betreffenden Forderung verändert (reduciert),[88] die Umrechnung in die 1858 eingeführte ö. W. habe daher von dieser reducierten Schuldsumme auszugehen? Die Frage ist zu verneinen; denn das Finanzpatent hat keine neue Währung eingeführt, sondern nur neues Papiergeld[89] — richtiger, sie kann gar nicht aufgeworfen werden. Die Schuldsumme s (z. B. einer 1760 begründeten Schuld) ist der damalige Nennwert von 100 fl., d. i. 100 fl. C. M. Die Zahlungssumme z wäre, falls es noch in der Zeit der sog. Wiener Währung zur Zahlung gekommen wäre, eine Summe von „Einlösungsscheinen" nach ihrem damals geltenden gesetzlichen Werte gewesen; die Zahlungssumme aber, welche heute zu ermitteln ist, ist eine Summe des heute

[87] Vgl. Hartmann S. 95, Bekker S. 105 ff., Sághy l. c. S. 758 und speciell über den Einfluss des Pat. v. 1811 Nagl J. Bl. 1875 Nr. 19, 20, Weeber J. Bl. 1885 Nr. 16, 17, Schwarz J. Bl. 1890 Nr. 21, 22, Daubek J. Bl. 1890 Nr. 25, 26.

[88] So Nagl l. c., Weeber l. c. Der oberste Gerichtshof hatte seit der berühmt gewordenen Entscheidung betreffs der herzogl. Savoyen'schen Stiftungen — Slg. 5592 — lange Zeit consequent an der im Texte (auch von Stubenrauch I S. 26 N. 2, II S. 337 und neuestens Daubek l. c.) vertretenen Ansicht festgehalten; s. Slg. 9089 (J. Bl. 1882 Nr. 43), 9189, 9430, 11064, 11097 (ausführlicher bei Now. III 15 und J. Bl. 1888 Nr. 24, G. H. 1888 Nr. 34); vgl. auch Slg. 7081. Allein neuestens hat er in der E. v. 15. Jänn. 1890, eingetragen im Spr. R. 148 (J. Bl. 1890 Nr. 10) den entgegengesetzten Grundsatz proclamiert, wonach vor 1799 in C. M. contrahierte Schulden infolge des Finanzpat. v. 1811 dermalen nach dem Umrechnungsfuße von Wiener Whrg. zu ö. W. zu bezahlen sind. Seine Gründe — obgleich weit besser als die bisher für diese Ansicht vorgebrachten — scheinen doch nicht zwingend. Der Gerichtshof anerkennt die im Texte hervorgehobene Prämisse, dass das Fin. Pat. keine neue Währung einführen und die älteren Forderungen nicht reducieren, vielmehr an Stelle des damals bestehenden entwerteten Zahlungsmittels den Gläubigern ein vollwertiges bieten wollte, dass es sich also nur um die mit Einführung des Zwangscurses für die neuen Zettel gegebenen Folgen handle (vgl. die folgende Note). Aber im Widerspruche eben damit gelangt er zu dem Schlusse: weil dies neue Papiergeld nachmals im Curse gesunken, der niedrige Curs desselben aber schließlich (seit etwa 1820) stabil geworden sei, mussten die Gläubiger den damit verbundenen Verlust als definitiven betrachten und seit 1858 die Umrechnung in ö. W. mit Rücksicht auf diese Thatsache acceptieren. Das ist eine Billigkeitserwägung, aber kein juristisches Argument; vor allem aber hat erstere in dem Pat. v. 27. April 1858 keinen Ausdruck gefunden, woselbst (§ 5) die Proportion 100 : 42 für die auf Wiener Währung „lautenden" älteren Schulden statuiert ist, während natürlich die vor 1811 begründeten auf C. M. „lauten". Ähnliches ist von den Billigkeitsargumenten zu sagen, welche — unter Berufung auf Helferich Tübing. Ztschr. XII S. 85 ff. — Schwarz l. c. im Anschlusse an obige Entscheidung anführt. — Gegen das Argument Nagl's S. 264 aus § 3 Vdg. v. 27. April 1858 R. G. B. 64 s. Slg. 5592 u. 9089.

[89] Dass dem so ist, trotz der Benennung der Einlösungsscheine als „Wiener Währung" im Pat. v. 1811 (worauf Weeber l. c. S. 195 sich beruft) zeigen besonders §§ 1—4 und 12 des Pat. Das geben denn auch Nagl l. c. S. 248, Schwarz l. c. und die in N. 88 besprochene Entsch. zu; vgl. noch Pfaff-Hofmann Exc. I S. 107 N. 115 und Now. III 15.

geltenden Geldes nach dessen heutigem Nennwerte,[90] und dieser ist nach dem oben citierten Gesetze 105 fl. ö. W. für 100 fl. C. M. — An der Beurtheilung derartiger Rechtsverhältnisse ändert es nun nach allen entwickelten Grundsätzen nichts, wenn die betreffende Schuld außerhalb des Rechtsgebietes begründet ist, in welchem die Zahlung erfolgen soll. Auch für das etwa in Berlin 1850 gegebene, in Wien 1860 rückzahlbare Darlehen von 100 fl. C. M. ist s = 100 fl. C. M. und z = 105 fl. ö. W. ihrem Nennwerte gemäß.[91] Es bedarf, um zu diesem Resultate zu gelangen, nicht erst der Berufung auf die Grundsätze des internationalen Privatrechts, insbesondere etwa darauf, dass die Obligation ihren „Sitz" am Zahlungsorte habe und daher dem Rechte dieses Ortes unterworfen sei.[92] Es genügt der Hinweis auf die oben S. 114 hervorgehobene Thatsache, dass naturgemäß für das Geldmaß der obligatorischen Leistung das Maß des Erfüllungsortes entscheidet,[93] also das Münzrecht dieses Ortes, dahingestellt, ob die Obligation auch in sonstigen Beziehungen unter diesem örtlichen Rechte steht oder nicht. So ist auch in unserem a. b. Gb. die entscheidende Norm nicht in den das internationale Privatrecht im allgemeinen regelnden §§ 34 ff. zu finden, sondern unter den Zeit und Ort der Obligationserfüllung betreffenden, im § 905. — Wenn es an dem ist, so muss aber das Gesagte umgekehrt auch gelten, wo der österreichische Richter in die Lage kommt, über eine Forderung zu erkennen, die im Inlande begründet, im Auslande zahlbar ist, z. B. ein hierlands gegebenes, aber in deutscher Währung ausgedrücktes und in Deutschland rückzuzahlendes, Darlehen. Auch hier kann er s und z nur nach ihrem Nennwerte nehmen. Und hätte in der Zwischenzeit die Landeswährung

[90] Dies wird gut betont in Slg. 9430 u. 11064. — Die neue Währung ist gesetzliches Zahlungsmittel auch für ältere Schulden, nicht Gegenstand einer datio in solutum; s. gegen Bekker S. 114 Hartmann Internat. Geldsch. S. 20 ff., Knies (2. Aufl.) S. 429, Brinz Krit. Vierteljhrschr. XXV S. 63 f.

[91] Vgl. Prager Oberlandesger. in G. H. 1889 Nr. 1.

[92] Dass nicht zu fragen sei, welchem Rechte das Obligationsverhältnis als Ganzes unterstehe, sondern, wie der einzelne Rechtssatz „in seiner internationalen Beziehung auszulegen sei", darüber s. Thöl Einleit. in d. deutsche Pr. S. 175 und Hartmann Internat. Geldschulden S. 16 ff., Brinz Krit. Vierteljhrschr. XXV S. 70. Die weitschichtigen Untersuchungen aus Anlass der sog. Couponsprocesse darüber, ob die Obligation ihren „Sitz" am Erfüllungsorte habe und welches dieser sei — z. B. bei Bekker S. 53 ff., Frankl an dem N. 95 a. O. S. 7 ff., sowie in den Entscheidungen Slg. 1320 und 8585 die Argumentationen aus § 37 a. b. Gb., sind daher überflüssig. Der beste Beweis dafür ist, dass in unseren Fällen, wenn man schon nach „Grundsätzen des internationalen Privatrechts" zu dem Schlusse kommt, dass sie dem österreichischen Rechte unterliegen, eben nach dem Satze dieses Rechts (§ 905) betreffend die Zahlungsvaluta, das Münzrecht des Erfüllungsortes zu entscheiden hat. (Dies scheint auch Czyhlarz Krit. Vjschr. XXIV S. 69 f. zu übersehen; was aber Frankl l. c. S. 8 N. 31 bemerkt, trifft allenfalls Art. 336 H. G. B., nicht aber den cit. § 905.) Es ist das nicht eigentlich eine Frage der „örtlichen Collision" des Rechtes des Darlehens, so wenig, wie die „Münzveränderung" eine Frage der „Rückwirkung" der Gesetze; vgl. Pfaff-Hofmann Exc. I S. 186 N. 73.

[93] Kein Einwand ist es daher, dass bei Festsetzung alternativer Zahlungsorte unmöglich der Wert der Schuldsumme für die beiden verschieden berechnet werden könne, so Slg. 6893.

des Erfüllungsortes eine Änderung erfahren, so wird er auch hier den Nennwert von z als Gegenstand der Zahlung erklären, d. i. die Summe der neuen auswärtigen Währung, welche nach der Tarificrung des betreffenden auswärtigen Münzgesetzes[94] zur Tilgung der in der alten Währung dieses Landes ausgedrückten Schuldsumme genügt und erforderlich ist: Das 1867 in Österreich contrahierte, in Deutschland in deutscher Währung zahlbare, Darlehen von 100 Thlr. ist 1874 in Reichswährung abzutragen nach dem deutschen Münzgesetze v. 9. Juli 1873 Art. 14 mit 300 Mark, als dem Nennwerte nach = 100 Thlr. Nichts anderes nun ist in den berüchtigten Couponprocessen[95] der österreichischen Eisenbahnen die Frage,[96] dieselbe Frage, welche vorliegt, wenn eine in

---

[94] Auch dies darf aus § 905 abgeleitet werden; denn es ist nicht denkbar, dafs das Gesetz „zwar die Frage, ob das als Erfüllungsgegenstand dargebotene Geld ist" nach dem Rechte des Erfüllungsortes beantwortet wissen wolle, nicht aber „die Frage, inwiefern es Geld ist, d. h. die dem Gelde eigenthümliche Zahlkraft hat": Hartmann l. c. S. 36.

[95] Der Streitfall ist zu entnehmen aus der ausführlichen Publication: „Proceſs der Kaiser Franz-Josephs-Bahn ... wegen Einlösung der Prioritäten-Coupons" ... von Haerdtl, Tremel und Weiß (1878). Seither hat die Frage eine Literatur: Hertzka in Faucher's Vjschr. f. Volkswirtschaft Bd. 52 (1876) S. 221 ff., Frankl zur Frage der Goldeinlösung der österr. Prioritäten-Coupons (1880), Stall d. Couponfrage u. das Curatorengesetz (1880), Ofner zur inductiven Methode S. 22 ff. (Vortrag gehalten 1881), Benies „zur Beilegung des Couponsstreites" J. Bl. 1881 Nr. 28 f., Bekker Üb. d. Couponsprocesse ... und üb. d. internationalen Schuldverschreibungen (1881) (dazu Czyhlarz Krit. Vjschr. XXIV S. 53 ff., Behrend Ztschr. f. Handelsr. XXVIII S. 402 f., Nowak G. Z. 1882 Nr. 32—36) und — wohl das beste — Hartmann Internationale Geldschulden (1882) (dazu Brinz Krit. Vjschr. XXV S. 50 ff.). Vgl. ferner Bar Theorie u. Prax. d. internat. Privatr. II S. 48 ff., Hasenöhrl S. 242 f. N. 38, Dernburg Pr. R. II § 31 N. 11, Goldschmidt Syst. d. Handelsr. im Grundr. (2. Aufl.) S. 130, Wendt S. 465 f.

[96] Die Schuldverschreibungen, bezw. Zinsencoupons der in Frage kommenden österreichischen Eisenbahngesellschaften (s. Muster bei Bekker S. 185 ff.) lauten alternativ auf Gulden ö. W. in Silber oder (gleich) so und so viel Thaler (Francs, Pfund Sterling), z. B. „Zinsencoupon über 5 fl. ö. W. in Silbermünze, oder .... 3 Thlr. 10 Gr. in Thlr.-W. .... zahlbar .... in Wien .... oder im Auslande bei den vom Verwaltungsrathe bekannt zu gebenden Bankhäusern." Dafs aber damit für die Zahlung im Lande der (damaligen) Thalerwährung, also bei Zahlstellen etwa in Berlin oder Frankfurt nicht nur Zahlung in der dortigen Landeswährung bedungen und dabei der Umrechnungsmodus 5 fl. = $3^1/_3$ Thlr. bloß zur Erläuterung beigesetzt, sondern die Scripturobligation auf die $3^1/_3$ Thlr. als feste Schuldsumme bestimmt ist, ist nach dem Zwecke der ganzen Anlehensoperation klar. Vgl. Bekker S. 128 f., Hartmann l. c. S. 10 ff., ferner Stall l. c. S. 9, 12, welcher freilich unter Berufung auf die Concessionsurkunden der Eisenbahngesellschaften (S. 5 ff.) behauptet, letztere dürften und wollten nur sich zur Silberzahlung verpflichten, der Wortlaut der Schuldverschreibungen widerspreche (S. 11 f.) daher dem Willen der (einen) Partei, so dafs (S. 28) das Geschäft auf Grund § 869 anfechtbar wäre (?). Dafs Thaler in obligatione seien, anerkennen denn auch Schriftsteller, welche im übrigen sich auf Seite der österreichischen Schuldner stellen, so Hertzka l. c. S. 223, Frankl l. c. S. 5 f. (welch letzterer freilich S. 16 f., unter Zustimmung von Nowak l. c. S. 138 leugnet, dafs die fraglichen Obligationen einen Erfüllungsort in Deutschland haben), und dies zu verkennen, war der Grundfehler der Entscheidungen der österreichischen Gerichte,

C. M. begründete Schuld in ö. W. zur Rückzahlung gelangt, die also auch nicht in jenem Falle anders hätte entschieden werden sollen als in diesem.[97] [98]

Slg. 6893 und 8214, welcher dieselben im Auslande in Misscredit bringen musste — s. nur Bekker S. 127. Der Fall gehört deshalb unter das im Texte erörterte Schema: im Inlande contrahiertes, im Auslande zahlbares und in der Währung dieses letzteren auch ausgedrücktes Darlehen. Anders lag der Fall Slg. 8585 und G. Z. 1888 Nr. 19, G. H. 1889 Nr. 1, wo die Schuld in ö. W. ausgedrückt und nur Zahlung in deutschem Gelde bedungen war. — Ein offenbares Unrecht aber war es, wenn die Eisenbahngesellschaften, um den aus obiger Fassung ihrer Zinsenverschreibungen erwachsenen Consequenzen zu entgehen, eigenmächtig ihren Gläubigern für ihre Talons Coupons mit verändertem Texte gaben, und das österreichische wie das deutsche Gericht — Slg. 8214, D. R. G. XIV S. 154 ff. — das gut hießen; vgl. Ladenburg Ztschr. f. Handelsr. XXXIII S. 246 ff. und Goldschmidt ebend. S. 250 ff.

97 Richtig sind daher im Resultate die Erkenntnisse der deutschen Gerichte in den Couponsprocessen: R. O. H. G. XXIII S. 205 ff., XXV S. 41 ff., D. R. G. I S. 23 f., VI S. 126 ff. (vgl. die Zusammenstellung dieser und anderer hierher gehöriger deutscher und österreichischer Judicate in Ztschr. f. Handelsr. XXVII S. 512—597), wie dies überzeugend insbesondere Hartmann l. c. nachgewiesen hat, welchem sich anschließen Goldschmidt l. c., Dernburg l. c., Bar l. c., Cosack Ztschr. f. Handelsr. XXIX S. 323 ff., Knies das Geld (2. Aufl.) S. 417 N. 1. Im Resultate stimmt damit auch Stall l. c. S. 9 ff. überein. Die Erkenntnisse unserer höchsten Instanz aber Slg. 6893, 8214 (vgl. 7333, 7381) halten mit Unrecht den cit. Art. 14 des deutschen Münzgesetzes auf diese Obligationen für unanwendbar, ebenso wie Bekker S. 119 ff., Wendt l. c. und die meisten oben N. 95 genannten österreichischen Schriftsteller. Das beste für die Anwendung des österreichischen Rechts hat füglich Ofner l. c. S. 34 ff. vorgebracht, welcher davon ausgeht, es handle sich um die Verwaltung der gemeinsamen Interessen der Gesammtheit der Prioritätengläubiger, und diese Verwaltung könne nur einem einheitlichen Rechte unterworfen sein, d. i. dem Rechte des Gebietes, in welchem sie ihren Sitz hat. Dennoch sieht er sich genöthigt (S. 37 ff.), erst noch zu untersuchen, ob nicht im concreten Falle „aus dem Willen der Parteien" ein anderes gelte, und kommt damit — ebenso wie Schüßler S. 521, 528 — auf das Gebiet der Willensauslegung, welche Bekker S. 3 so treffend als aussichtslos charakterisiert (vgl. auch oben N. 65). Ofner's Endresultat aber beruht auf dem oben N. 55 besprochenen Irrthum, dass in dem Thaler ein Quantum Silber geschuldet sei, nicht ein Geldstück. Eben deshalb kann man nicht sagen, es seien noch immer „Thaler" vorhanden, wie Slg. 7381, aber wohl auch Ryck S. 382 in der N., welcher meint: der Schuldner hatte den Coupon „eben mit 5 Thlrn. einzulösen, oder, falls er dies nicht wollte, dafür 15 Mark zu geben, da . . . dies ihren Curswert darstellt"! — Schließlich noch eine Bemerkung. Die Unbilligkeit der Entscheidung, welche die gesetzliche Tarifierung 1 Thlr. = 3 Mark auch für den ausländischen Schuldner anwendet, der nicht, wie der inländische, dafür den „Trost" hat, auch von seinen Schuldnern nach dieser günstigen Proportion gezahlt zu bekommen — so Bekker S. 115 f., Hertzka l. c. S. 226, Ofner l. c. S. 26 f. — besteht nicht: Der österreichische Schuldner verdankte demselben deutschen Münzgesetz den Vortheil, dass für seinen inländischen Verkehr das Agio des Silbers gegen Papier schwand (vgl. auch Stall l. c. S. 26 f.), und darin bewährt sich in der That der Erfolg der von Hartmann l. c. S. 50 ff. postulierten „bona fides" des internationalen Verkehrs. Auf ein wahres Moment der aequitas, welches gleichfalls für unsere Entscheidung in die Wagschale fällt, weist Knies l. c. S. 417 N. 1 hin.

98 Nur in dem Falle, dass bei einer Münzänderung das Gesetz es unterließe, irgend ein Wertverhältnis zwischen der alten und neuen Währung festzusetzen

V.

Der Zinsenvertrag.

§ 18.

A. b. Gb. §§ 993—1000. — Unger in Haimerl's öst. Vierteljhrschr. XIV (1864) S. 117—125; Randa Zur Lehre v. d. Zinsen u. d. Conventionalstrafe (1869); Hinschius, D. Ges. f. d. Norddeutschen Bund betr. d. vertragsmäß. Zinsen, Ztschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege in Preußen II S. 14—67. — Sághy § 14; Hasenöhrl I § 20; Krainz II, 1. § 298. — Gruchot XIII S. 221—297. — Arndts §§ 207—210; Windscheid §§ 259—261; Dernburg P. II §§ 28—30; Pr. R. II §§ 34—38; Förster-Eccius I § 68; Mandry § 37.

1. Begriff und Wesen der Darlehenszinsen.

Die Darlehenszinsen sind eine Art der vertragsmäßigen Zinsen[1] („Vertragszinsen": §§ 993 f., „bestimmte Zinsen": § 912).

a) Zinsen im weiteren Sinne sind jedes für die Überlassung der Nutzung einer Summe vertretbarer Sachen[2] bedungene Entgelt,[3]

— ein praktisch nahezu undenkbarer Fall, auf den daher nicht ausführlicher eingegangen zu werden braucht — entstünde somit die Frage, mit welcher sich alle die Schriftsteller abmühen, wie nach „allgemeinen Rechtsgrundsätzen" die auf Silberwährung lautende Schuld in Goldwährung umzusetzen sei, und diese Frage ist in der That kaum befriedigend zu lösen. So viel zeigen die Ausführungen von Bekker S. 103 ff. über alle in der Literatur bis dahin vertretenen Ansichten (gegen Bekker S. 112 f. s. wieder Hartmann l. c. S. 49); Bekker's Ergebnis aber (S. 135) ist ein Vorschlag zur Güte, jedoch keine juristische Lösung. Theoretisch könnte man sich wohl dafür entscheiden — mit Knies S. 341, Goldschmidt l. c. S. 130, Ztschr. f. Handelsr. XIX S. 327, Windscheid S. 33 — es sei die Schuld nach dem Curse von Silber zu Gold im Zeitpunkte des Überganges von der einen zur anderen Währung zu berechnen, und so das zu thun, was der Gesetzgeber hätte thun sollen, der ja auch die Wertrelation zu dieser Zeit seiner Tarifierung zugrunde gelegt hätte. Allein praktisch stieße diese Berechnung auf die größten Schwierigkeiten (s. Hartmann l. c. S. 46 f.), und so bliebe ein „Riss durch den ganzen Verkehr", „die sinnwidrigste Störung aller Schuldverhältnisse", wenn je ein Gesetzgeber jene Unterlassungssünde begienge (Hartmann S. 30).

[1] Nur auf diesen Theil der Zinsenlehre ist daher an dieser Stelle einzugehen. Das a. b. Gb. behandelt die Lehre von den „Vertragszinsen" ex professo in dem Hauptstücke vom Darleihen (vgl. dazu Randa S. 5 N. 4); doch möchte ich nicht mit Hruza Lehre v. d. Novation S. 90 N. 5 glauben, dass für die österreichische Praxis gerade dieser Umstand den Anlass bietet, verschiedene andere Creditverträge in die Form von Darlehensschulden zu kleiden.

[2] Für den Gebrauch anderer Sachen zahlt man „Zins", nicht „Zinsen". Vgl. Unger S. 119 N. 1; Randa S. 6. Gegen die Beschränkung des Begriffs auf Geldschulden in § 673 sächs. Gb. s. Unger rev. Entw. S. 53 f.

[3] Gesetzliche Zinsen bilden nicht einen Preis, sondern einen Ersatz — Förster-Eccius S. 457 (damit ist nicht gesagt, dass der Rechtsgrund immer eine culpa sei, vgl. Dernburg Pr. R. II § 37); insofern nicht ganz correct Randa S. 5 (richtig S. 10), Krainz S. 128, aber auch nicht Hasenöhrl S. 269, welcher alle Arten von Zinsen als „Vergütung für den entbehrten Gebrauch" erklärt. — Auch die Conventionalstrafe bedeutet einen Schadenersatz, kein vertragsmäßiges „Entgelt", und zwar auch dann, wenn sie die Gestalt zu zahlender (höherer) Zinsen annimmt. Daher ist es formell berechtigt, hier das richterliche Mäßigungsrecht des § 1336 anzuwenden; so Slg. 6933 (freilich war

somit das Entgelt für Creditgewährung,[4] bei „Gelddarlehen" das Entgelt für die Überlassung der Nutzung eines „Capitals".[5]

Zinsen im engeren Sinne sind das für die Überlassung der Nutzung einer Summe vertretbarer Sachen (Hauptstamm, Capital i. d. S.) in Sachen der gleichen Gattung nach Verhältnis der Zeitdauer der Nutzung zu entrichtende Entgelt.[6] Zu dem durch die Creditgewährung begründeten Anspruche auf Rückzahlung des Capitales (Hauptschuld) tritt so periodisch hinzu der Anspruch auf die Zinsenzahlung (Zinsenschuld) als juristische Frucht[7] des ersteren. In diesem engeren Sinne fasst das a. b. Gb. den Begriff der

---

gerade in diesem Falle lediglich Dissimulation einer wucherischen Zinsenberedung vorhanden; heute brauchte daher der Richter nicht jenen formellen Anhaltspunkt, sondern hätte das Geschäft dem Wuchergesetze v. 1881 zu unterwerfen). — Aus dem Gegensatze zwischen bedungenem Preise für die Creditierung und Ersatz für Schaden ergibt sich auch, dass vom Augenblicke des Verzuges an statt der etwa niedrigeren Vertragszinsen Zinsen in der gesetzlichen Höhe laufen, so richtig Slg. 9773 — vgl. D. Entw. § 248, dazu Koch, Geld und Wertpapiere (Bekker u. Fischer Beiträge z. Erl. d. Entw. 4. Heft) S. 20, anderseits Bähr Krit. Vjschr. XXX S. 353 — sowie dass trotz Verzuges die Vertragszinsen weiter laufen; vgl. Carus in der unten N. 35 cit. Schrift S. 58 f.

[4] Vgl. oben § 3.

[5] Vgl. oben S. 61. — Wo ein Capital nicht zum bloßen Gebrauche, sondern definitiv übertragen wird, können dafür nicht Zinsen, sondern allenfalls eine Rente das Entgelt bilden; vgl. Unger S. 119 N. 1, Randa S. 5. An der unklaren Bemerkung bei Stubenrauch II S. 343 über gesetzliche Zinsen „ohne Hauptforderung" ist daher soviel wahr, dass in den Fällen der §§ 947 und 954 eine Rente geschuldet wird; dagegen die vom Fruchtnießer nach § 514 zu entrichtenden Zinsen sind wirklich Vergütung für ein ihm zur Nutzung überlassenes Capital. So jetzt auch Krainz S. 130.

[6] Die herrschenden Definitionen (vgl. unten N. 18) berücksichtigen nur diesen engeren Begriff; s. Unger S. 117, Randa S. 5 ff., Stubenrauch II S. 341, Förster-Eccius S. 443, Dernburg P. II S. 80 f., Sághy S. 290, Krainz S. 128; insbesondere wird auf das Moment der Gleichartigkeit von Zinsen und Capital Gewicht gelegt, s. z. B. Windscheid II S. 46, Hasenöhrl I S. 269 N. 6, und schon Cod. Ther. III Cap. XVII Nr. 4, 8 (anders Unterholzner I S. 310). Einen weiteren Begriff legt zugrunde Hasenöhrl S. 269 N. 7, Pr. L. R. I, 11 § 803. Überdies muss aber den gangbaren Begriffsbestimmungen gegenüber noch bemerkt werden: Natürlich werden terminweise Leistungen in Sachen gleicher Art wie das Capital sich stets als Quote des letzteren berechnen lassen und deshalb auch thatsächlich meist so ausgedrückt erscheinen (als Procente), solcher Ausdruck ist aber nicht nothwendig; unter den Begriff der Zinsen i. e. S. fallen gewiss auch periodische, in fixem Betrage bedungene (gleichartige) Leistungen, z. B. bei „Gelddarlehen" (etwa unter Hingabe von Wertpapieren nach § 991) stipulierte Zahlung von jährlich oder monatlich x fl., oder Verpflichtung des Schuldners, die Einkommensteuer von den Hypothekarzinsen zu tragen (Slg. 10828, 11384). Dass ferner in diesem Begriffe zwar die terminweise Berechnung des Entgelts, nicht aber die terminweise Fälligkeit desselben liegt, s. unten S. 135.

[7] Auf die volkswirtschaftliche Begründung der Zinsen als Capitalsertrag ist hier nicht einzugehen; vgl. nur oben § 2, besonders S. 25 u. N. 40, 56 und N. 12 über das Verhältnis zur Miete.

Zinsen in den §§ 994 ff.,[8] und nur auf Zinsen in diesem Sinne leiden die §§ 1335,[9] 1416,[10] 1427,[11] sowie § 2 Ges. v. 14. Juni 1868 R. G. B. 62[12] Anwendung. Aus dem Begriffsmerkmal der Gleichartigkeit des Objects der Zinsen- und der Hauptschuld aber folgert der — noch heute giltige — § 999, dass Zinsen von Geldarlehen in derselben Währung, wie das Capital, bezw. in der für dieses bedungenen Sorte, entrichtet werden müssen.[13]

Unter den weiteren Begriff fallen insbesondere: α) Nach Verhältnis der Zeit bedungene Vortheile, welche in nicht mit dem Capitale gleichartigen Leistungen bestehen, so jährliche Zahlung einer Geldsumme für das Darlehen anderer Fungibilien, etwa Getreide,[14] oder für Darlehen in Geld ein dem Gläubiger an Zinsenstatt gewährtes Wohnungsrecht, oder Pfandgebrauch bis zur Zahlung, oder persönliche periodische Dienstleistungen.[15] β) Nicht nach Maßgabe der Zeit berechnete, wenngleich Leistungen in Sachen gleicher Gattung; so, wenn Rückzahlung einer höheren Summe bedungen ist,[16] oder Rückgabe in besserer Qualität (§ 5 Ges. v. 14. Juni

---

8 S. unten N. 18.

9 S. unten S. 136.

10 Nur bei Gleichartigkeit von Capital und Zinsen kann die Frage entstehen, auf welches von beiden eine Zahlung anzurechnen sei.

11 Die ratio ist wohl, dass der Regel nach Zahlungen zuerst auf das Capital angerechnet werden, — vgl. Zeiller IV S. 137, Rippel VIII, 2 S. 163 — was (s. vorige Note) nur für den Fall der Gleichartigkeit der Zinsen gilt.

12 In Procenten ausgedrückte Zinsen können natürlich nur mit dem Capital gleichartige, periodisch berechnete Leistungen sein; wären daher etwa neben anderen Vortheilen noch „Zinsen ohne bestimmtes Maß bedungen" (§ 2 cit.), so wäre nicht etwa der Wert jener Vortheile in das gesetzliche Miß von 5% einzurechnen. Aus eben jenem Grunde kann bei Hingabe eines Darlehens in Wertpapieren (§ 991), wenn „5% Zinsen" vereinbart sind, dieser Anspruch nicht bestehen bei Rückforderung in Wertpapieren, sondern nur, falls das Darlehen als „Geldddarlehen" aufgefasst wurde: Slg. 4663.

13 Vgl. Hfdcr. v. 27. Dec. 1811 J. G. S. 965 (Michel II Nr. 1255). Über die Begründung dieser Vorschrift durch die Rücksicht auf „wucherliche Untersuchungen" im Hfdcr. v. 24. Dec. 1816 J. G. S. 1305 (Michel II Nr. 1256), s. Unger S. 119 N. 2; vgl. Jaques Wuchergesetzgebung S. 64 f. Aber auch die im Texte berührte ratio des § 999 ist nicht überzeugend, denn das geschuldete Genus beim Gelddarlehen ist in letzter Linie schlechthin Geld. Richtiger daher der Cod. Ther., vgl. Harrasowsky G. Z. 1868 S. 93.

14 Solche Verabredung ist zulässig; § 999 betrifft nur Gelddarlehen, s. Zeiller IV S. 261. Über die Abgrenzung derartiger Geschäfte gegen die (irreguläre) Miete s. oben S. 57 f.

15 Inwieweit hier positiv rechtliche Schranken entgegenstehen, s. unten S. 136.

16 Es ist zu unterscheiden: a) Zuschlag einer bestimmten Summe zum hingegebenen Capital, wobei die gesammte rückzuzahlende Summe möglicherweise zu verzinsen ist, z. B. für 100 fl. sind 110 fl., nach 2 Jahren rückzahlbar, „verschieben" mit 5% Zinsen; b) ein gewisser Zinsfuß ist stipuliert, die Zinsen für einen bestimmten Termin aber sind sofort zu zahlen (s. unten S. 135) bezw. vom hinzugebenden

1868).[17] Eine Reihe von Normen ist, soweit ihre sonstigen Voraussetzungen vorliegen, auf diese Arten gerade so anzuwenden, wie auf die Zinsen im e. S., so § 1353, § 1480, so § 46 C. O., so die Auslegungsregeln der §§ 663, 666; sie allesammt endlich haben mit den Zinsen i. e. S. gemeinsam die Natur von „Vermögensvortheilen", welche als Entgelt für „Creditgewährung"[18] gewährt werden (§ 1 Ges. v. 28. Mai 1881, R. G. B. 47).

b) Die Verpflichtung zur Entrichtung von Zinsen ist dem Darlehensvertrage nicht selbstverständlich, nicht naturale negotii[19] (s. § 984); sie muss besonders bedungen sein. Dies gilt von allen Arten von Zinsen im weiteren Sinne, insbesondere auch der zu a, β erwähnten Form; es ist also auch für unser heutiges Recht, trotz Zulässigkeit solcher Vereinbarungen (§ 5 Ges. v. 14. Juni 1868),

---

Capital abzuziehen, etwa 100 fl. zu 5%, geborgt, zweijährige Zinsen abzuziehen, somit 90 fl. effectiv hinzugeben. Daran ändert es nichts, wenn — c) jene vorauszubezahlenden Zinsen thatsächlich creditiert und im Schuldschein etwa mit aufgenommen werden, in obigem Beispiele etwa 110 fl., d. i. 100 fl. und 10 fl. als vorausberechnete Zinsen „verschrieben" wären. Anders als im Falle zu a bleiben diese 10 fl. Zinsen i. e. S., sofern nichts weiter verabredet erscheint, ist daher diese Summe nicht zu verzinsen. Richtig daher die Entscheidung Slg. 4515, trotz der Bedenken Hasenöhrl's S. 281 N. 58. — Unter den Gesichtspunkt der Zinsen im w. S. (ad a) gehört auch die Prämie bei Lotterieanlehen; s. Cohn in Endemann's Hdb. III S. 877.

[17] Auch etwa die Stipulierung anderer Währung für die Rückzahlung des Gelddarlehens unter Festsetzung eines willkürlichen Cursverhältnisses; s. oben § 17 N. 24.

[18] Wenn man sich daran gewöhnt hat, von „Zinsen" nur in jenem engeren Sinne zu sprechen s. oben N. 6, so ist der Grund, dass das Hauptinteresse der Frage in der gesetzlichen Schranke des Zinsennehmens lag. Diese aber war bis in die neueste Zeit ausgedrückt in einer percentual bemessenen Zinstaxe. Eine derartige Norm litt natürlich directe Anwendung nur auf nach Verhältnis des Capitals und der Zeitdauer berechnete, mit ersterem gleichartige, Leistungen — s. §§ 994 ff. — während alle anderen Arten von Entgelt für die Creditgewährung nur als mögliche Umgehungen des Gesetzes von Belang schienen — s. § 993, § 996. Seitdem aber die Gesetzgebung diesen Standpunkt aufgegeben hat (s. unten § 19 Zus. 1), liegt kein Grund vor, solche Formen bloß als „vice usurarum" zu bezeichnen, wie etwa Randa S. 8, Hasenöhrl S. 269 N. 6; s. dagegen Hinschius S. 22 f., Frankl zur Frage der Goldeinlösung S. 4 N. 11. Pr. L. R. I, 11 § 803, § 810 faßt übrigens schon den Namen „Zinsen" in obigem weiteren Sinne auf; vgl. Dernburg Pr. R. II S. 84 N. 6, Förster-Eccius I S. 445 N. 14 und 15.

[19] Vgl. D. Entw. § 455 (der, allerdings überflüssigerweise, das ausdrücklich ausspricht; vgl. Ludw. Goldschmidt Krit. Erörter. z. Entw. I S. 95). Gegen eine abweichende ältere Ansicht s. Glück XII S. 5 N. 21. Sehr fraglich aber auch umgekehrt, ob aus der bedungenen Verzinsung „eine Vermuthung für das Darlehen" entspringt, so Förster-Eccius S. 443 N. 1. — Für das handelsrechtliche Darlehen sind Zinsen naturale negotii: Art. 290 H. G. B. — „Selbstverständlich können Zinsen auch stillschweigend vereinbart werden": D. Mot. II S. 312. — Einen gesetzlichen Zinsenanspruch könnte der verarmte Darleiher allenfalls auf § 947 (vgl. oben N. 5) stützen.

daran festzuhalten: So lange nicht gegentheilige Willenseinigung bewiesen ist, ist der Darlehensschuldner zur Leistung von nur genau so viel verpflichtet, als er thatsächlich an Darlehensvaluta empfangen hat,[20] bezw. steht ihm die exceptio non numeratae pecuniae zu.[21]

Sind Zinsen ohne bestimmtes Maß bedungen, so sind 5% zu entrichten (§ 2 Ges. v. 14. Juni 1868, bezw. Ges. v. 15. Mai 1885 R. G. B. 77).[22]

Die Verpflichtung zur Zinsenleistung kann im Darlehensvertrage selbst (bei Hingabe des Darlehens) begründet werden, aber auch nachträglich.[23] Letzteren Falles liegt darin eine Novation (unter „Verwechselung des Hauptgegenstandes": § 1376),[24] welche cv. derselben Form bedarf, wie der Darlehensvertrag selbst, insbesondere also zwischen Ehegatten des Notariatsactes.[25]

c) Die Bedingung von Zinsen macht das an sich unentgeltliche Darlehen zu einem entgeltlichen Vertrage, dem „Zinsenvertrag" (§ 984); die Zinsen sind Gegenleistung, nicht bloße Nebenleistung.[26] Allein, da das Darlehen Realcontract ist, so ist mit dem Abschlusse des Contracts die Leistung des Darleihers, d. i. die Hingabe credendi causa auch schon vollzogen;[27] ein Anspruch auf dieselbe besteht daher begrifflich nicht mehr, vielmehr bleibt als Wirkung jener Leistung für den Darleiher selbst die Forderung auf Rückleistung

---

[20] Vgl. oben § 15.

[21] S. unten § 21.

[22] Der im Vertrage ausgedrückte Procentsatz ist im Zweifel als einjähriger zu verstehen: Slg. 6496.

[23] Randa S. 10.

[24] Daß die Verzinslichkeit oder Nicht-Verzinslichkeit, trotz § 912, das Wesen des Darlehensvertrages trifft, s. im Texte zu c; anders freilich Hasenöhrl II S. 520, Krainz II, 1 S. 197 N. 5; vgl. Slg. 3791. Gegen die Ausführungen von Hruza Lehre v. d. Novation S. 157 ff. über die „Verwechselung des Hauptgegenstandes" s. Unger in Grünhut's Ztschr. XV S. 557 N. 6.

[25] Denn die causa der neuen Obligation ist ebenfalls Darleihen. Vgl. Gruchot S. 254.

[26] Vgl. schon Donell. de usur. Cap. I No. 1 „usus pretium"; Goldschmidt Handelsr. I S. 1105; Endemann Ztschr. f. Handelsr. IV S. 50, Kohler Archiv f. brgl. R. II S. 227. Die Zinsenberedung gehört also nicht zu den „Nebenverträgen" im Sinne von Windscheid § 323 und Hasenöhrl I S. 319; denn sie ändert die Natur des Darlehens, was auch a. b. Gb. § 984 durch den besonderen Namen „Zinsenvertrag" anerkennt (deutlicher noch Wg. Gb. III § 79). Deshalb ist die nachträgliche Vereinbarung Novation (s. oben N. 24), der Irrthum betreffs der Zinsen ein wesentlicher (s. oben S. 68).

[27] Ganz anders bei der Miete, selbst wenn sie unter sofortiger Hingabe der Sache geschlossen wird (vgl. oben § 4 N. 56). Der Vermieter hat immer noch fort die Sache dem Mieter zu „überlassen" (§ 1096) und das ist eine fortdauernde Leistung, da er im Gegensatze zum Darleiher Eigenthümer des Gegebenen bleibt, an sich also die Vindication anstrengen könnte. Vgl. dazu Eisele Ztschr. f. schweiz. R. N. F. III S. 32.

des Capitals[28] zurück; deshalb erscheint im Gegensatze zu anderen entgeltlichen Geschäften das verzinsliche Darlehen als einseitig verbindlicher Vertrag,[29] die Zinsenforderung formell nicht als Gegenforderung, sondern als „Nebengebühr" (§ 912), als accessorische Forderung. Die accessorische Natur[30] der Zinsenobligation, d. i. die Abhängigkeit ihres Bestandes von dem der Hauptschuld, ist nur die Folge der eigenthümlichen Gestaltung des Moments der Entgeltlichkeit (Synallagma) im Realcontract. Während sonst die eigene Leistung nicht Voraussetzung des Anspruches auf die Gegenleistung, sondern bloß der Durchsetzung desselben ist (exceptio non adimpleti contractus: § 1052), entsteht die Darlehensobligation überhaupt erst durch die vollzogene Leistung des Darleihers, der Anspruch des Gläubigers auf die Gegenleistung der Zinsen ist daher (ipso jure) bedingt durch die Hingabe der Darlehensvaluta.[31]

Im einzelnen äußert sich dies Verhältnis insbesondere in Folgendem:

α) Mit dem Erlöschen der Hauptschuld (Capitalforderung) erlischt (für die Zukunft) die Zinsenschuld;[32]

β) mit vollendeter Verjährung der Hauptforderung ist auch der Anspruch auf die (noch nicht drei Jahre) rückständigen Zinsen verjährt;[33]

---

[28] S. oben § 4 bei N. 46 u. 47.

[29] Das a. b. Gb. (§ 864) hält bekanntlich Zweiseitigkeit und Entgeltlichkeit nicht klar auseinander. Allein eben daraus folgt, dass die in den §§ 922 ff. enthaltenen Normen (Gewährleistung, Verletzung über die Hälfte) auf das entgeltliche, aber einseitige Darlehensverhältnis nicht angewendet werden können; schon das Schema des § 921 zeigt, dass das Gesetz an derartige Fälle nicht denkt.

[30] Vgl. Unger S. 117, Randa S. 7.

[31] Richtig daher die Entscheidung Slg. 4518, dass für die Zeit vor Hingabe des Darlehens, trotz der Zinsenfreiheit des Ges. v. 14. Juni 1868, keine Zinsen laufen können.

[32] Sie kann ohne jene „nicht entstehen und nicht fortentstehen": Windscheid II S. 47. Auf die schon entstandenen Zinsenansprüche hat die Erlöschung der Hauptschuld keinen Einfluss; doch begründet eine Quittung über das Capital die Vermuthung, dass auch die Zinsen bezahlt seien: § 1427. Viel weiter geht Pr. L. R. I, 11 § 843; vgl. Gruchot S. 277 ff., dagegen aber Dernburg Pr. R. II S. 87 f.

[33] Die Capitalforderung ist, wie oben bei N. 28 erinnert wurde, nichts anderes als die Geltendmachung dessen, dass das Capital nicht definitiv, sondern bloß credendi causa gegeben war. Kann nun der Darleiher eingetretener Verjährung wegen diesen Anspruch nicht mehr erheben, sich also auf seine Creditgewährung nicht mehr berufen, so kann er auch die Gegenleistung für diese, d. i. die Zinsen, nicht mehr fordern. Darin dürfte in Wahrheit der innere Grund für diese Entscheidung der Streitfrage liegen, welche unter anderer Motivierung sich findet bei Unger Syst. I S. 604 N. 35, II S. 437 N. 7, Hasenöhrl I S. 272, Sághy S. 315, Krainz I S. 444 (vgl. auch Mot. zu D. Entw. § 184). A. M. Pachmann Verjährung S. 44, Stubenrauch II S. 849, Randa S. 7 N. 11.

γ) durch langen Zinsenbezug kann niemals eine Capitalforderung ersessen werden.[34]

Der selbständigen processualen Geltendmachung des Zinsenanspruches steht dies Verhältnis nicht entgegen.[35]

2. Die Fälligkeit der Zinsen

bestimmt in erster Linie der Vertrag (§ 4 Ges. v. 14. Juni 1868). In demselben kann insbesondere Vorwegabzug der gesammten oder eines Theiles der bedungenen Zinsen (§ 4 cit.),[36] oder Zahlung derselben gleichzeitig mit dem Capitale;[37] es kann ferner Zahlung in gewissen Perioden, u. zw. Vorhinein- oder Nachhineinzahlung für die Periode verabredet werden. Für Zinsen im engeren Sinne (oben S. 130) tritt mangels einer Verabredung die Dispositivnorm (§ 4 cit.) ein: Wenn das Capital auf weniger als zwei Jahre[38] geborgt ist, sind die Zinsen bei Rückzahlung des Capitals, sonst alljährlich nachhinein zu bezahlen. Bei Darlehen auf unbestimmte Zeit muss im Zweifel angenommen werden, dass die Perioden, welche im Vertrage der Berechnung der Zinsen zugrunde gelegt sind, auch als Perioden der Zahlung derselben gelten sollen.[39]

3. Gesetzliche Beschränkungen der Zinsenberedung.

Eine bestimmte gesetzliche Schranke für die Höhe (Zinsfuß) der vertragsmäßigen Zinsen besteht dermalen nach österreichischem Privat-

[34] Unger S. 121 N. 4 (anders Pr. L. R. I, 11 §§ 837 ff.; dazu Gruchot S. 267). Geht man davon aus, dass die Capitalforderung lediglich Wirkung der Creditierung ist, die Zinsenschuld ein Entgelt für diese, so kann in der That die Frage nicht entstehen, ob in dem fortgesetzten Bezuge der letzteren eine Ausübung des Rechts aus ersterer liege. — Wohl aber erscheinen unter diesem Gesichtspunkte die Zinsen als eine Gesammtleistung — der Preis für ein Capital — daher eine Ersitzung des Zinsenanspruchs nicht ausgeschlossen, wie die herrschende Lehre annimmt, s. Unger l. c., Winiwarter in Pratobevera's Material. VIII S. 81, Hasenöhrl I S. 273 N. 23, Krainz I S. 464 f.; dagegen ähnlich wie hier Arndts Civ. Schr. III S. 235 f.; vgl. auch Slg. 5510 und Weeber J. Bl. 1885 S. 195 f. Verschieden davon ist die stillschweigende Anerkennung eines bestimmten Zinsfußes; s. Entsch. J. Bl. 1889 Nr. 1.

[35] Für vertragsmäßige Zinsen ist dies allgemein anerkannt; s. Unger S. 118, Randa S. 11, Hasenöhrl S. 270 f. N. 15. Vgl. übrigens die gute Dissertation von Carus, D. selbst. Klagbarkeit der ges. Zinsen (Halle, 1876).

[36] S. oben N. 16.

[37] S. oben N. 16.

[38] Nach Randa S. 10 soll entscheiden, ob „die Capitalsnutzung länger als ein Jahr dauert". Dies entspricht nicht dem Wortlaute des cit. § 4; wie sollen etwa bei Darlehen auf $1^1/_2$ Jahre die Zinsen „jährlich" abgeführt werden?

[39] Nach dem Wortlaute des § 4 cit. (ebenso § 997 a. b. Gb.) wären solchen Falles die Zinsen erst mit dem Capitale fällig; allein das kann wohl nicht so gemeint sein — schon mit Rücksicht auf § 1335. — Wo anderseits das Darlehen auf bestimmte Zeit geschlossen ist, tritt die Dispositivnorm des § 4 ein und kann in der Berechnung der Zinsen nach kürzeren Zeiträumen, z. B. per mese, noch keine Vereinbarung der Fälligkeit derselben in diesen Terminen erblickt werden.

rechte nicht. Auch die Ausbedingung von Zinseszinsen ist gestattet (§ 3 Ges. v. 14. Juni 1868).[40] Wohl aber sind, abgesehen von der Ungiltigkeit wucherischer Verträge (unten § 19), noch nachstehende Beschränkungen in Geltung:

a) Das Verbot der Zinsenforderung „ultra alterum tantum".[41] Hat die Summe der rückständigen, nicht eingeklagten, Zinsen die Höhe des Capitals erreicht,[42] so hört der Zinsenlauf auf und beginnt erst wieder mit der Anstellung der Klage auf Bezahlung des Capitals (§ 1335).

b) Als Zinsen (im weiteren Sinne) kann zwar der Gebrauch des Faustpfandes,[43] nicht aber der Fruchtgenuss der für die Schuld bestellten Pfänder oder Hypotheken giltig bedungen werden (§ 1372).[44]

---

[40] Nicht correct ist die Fassung bei Randa S. 29 und Sághy S. 325; s. dagegen Hasenöhrl S. 280 N. 56. Nach Aufhebung des § 998 a. b. Gb., bezw. nach § 3 cit., ist nun auch der „Zinsencapitalisierungsvertrag" ohne Einschränkung zulässig — ein Fall „unechter Novation"; s. Unger in Grünhut's Ztschr. XV S. 556 N. 5 und Strohal ebend. X S. 411 f. gegen Hruza l. c. S. 87; vgl. auch Cod. Ther. III, 17 Nr. 98—100 und Slg. 497.

[41] Dass die Aufrechthaltung gerade dieser — schon vom Pr. L. R. aufgegebenen — Schranke (die im Gebiete des Handelsrechts nach Art. 293 H. G. B. gleichfalls nicht gilt) wenig gerechtfertigt ist, s. bei Unger S. 123 f. N. 14, Jaques l. c. S. 71, Randa S. 29 N. 68, Hasenöhrl S. 282 N. 63 (günstiger urtheilt darüber Glaser G. Z. 1867 S. 2); unrichtig aber, dass das Verbot mit der Aufhebung der Zinstaxen fallen musste, wie Hinschius S. 25 f. meint.

[42] Dass, trotz § 1480, ein Anwachsen der Zinsen bis zu dieser Höhe möglich sei, „erklärt zum Überfluss das Hfdcr. v. 21. Nov. 1812 J. G. S. 1016": Unger S. 124 N. 14.

[43] Die Entscheidung Slg. 7380 lässt allerdings auch ein Wohnungsrecht an Zinsenstatt zu, gegen den Wortlaut des § 1372 („Gebrauch eines beweglichen Pfandstücks"); dagegen richtig Slg. 11289.

[44] § 1372 wurde durch das Ges. v. 14. Juni 1868 nicht aufgehoben. In der That verbietet er das pactum antichreticum nicht bloß aus Furcht vor Umgehung der nun abgeschafften Wuchergesetze — welche ratio zumeist allein betont wird, so von Jaques l. c. S. 74 ff., Randa S. 8 N. 14, Pfaff-Hofmann Exc. I S. 175, Zeiller IV S. 48, Hfdcr. v. 24. Dec. 1816 — sondern, ebenso wie § 1371 die von ihm genannten Geschäfte, als „der Natur des Pfandvertrages entgegenstehend" (s. auch Ofner II S. 580 f.), Beweis dessen die gemeinsame Marginalrubrik beider Paragraphen, sowie der Hinweis auf § 459, welcher von der Pflicht des Pfandgläubigers zur custodia handelt (daher nicht richtig Kirchstetter S. 639, s. aber auch Hinschius S. 50); vgl. auch Glaser l. c. S. 2 f., welcher hervorhebt, dass § 1372 weiter reicht, als § 9 des Wucherpatents von 1803. — Die weiteren Bestimmungen des genannten Hfdcr. v. 24. Dec. 1816 J. G. S. 1305 (Michel II Nr. 1256), dass auch der Fruchtgenuss eines nicht für die Schuld verpfändeten Grundstückes, sowie Naturalleistungen nicht als Zinsen bedungen werden dürfen, beruhen allerdings lediglich auf der Sorge für die Einhaltung der Zinstaxe, und sind daher nach Wegfall dieser letzteren vermöge der generellen Clausel des § 6 Ges. v. 14. Juni 1868 außer Geltung gesetzt; so, wie es scheint, auch Krainz S. 130 N. 6. — Viel zu weit geht die Behaup-

§ 19.

4. (Insbesondere) das wucherische Geschäft.

Rizy Zinstaxen und Wuchergesetze (1859); Max Neumann Gesch. d. Wuchers in Deutschland (1865); Goldschmidt Gutachten üb. d. Aufhebung d. Wuchergesetze, Verhandl. d. VI. Deutsch. Juristentags I S. 227—271 (1865); Jaques D. Wuchergesetzgebung u. d. Civil- u. Strafrecht (1867); Chorinsky Der Wucher in Österreich (1877); L. v. Stein Der Wucher u. sein Recht (1880); Schwarze Reichsges. betr. d. Wucher (1881); Freudenstein Das Reichs-Wuchergesetz (1882); Maitisch J. Bl. 1884 Nr. 34—39, 42—44. — Kaserer Ges. mit Materialien Bd. XXVIII u. XXXIII. — Mandry § 51; Dernburg Pr. R. II §§ 36, 292.

Zusatz 1. a) In Bezug auf die **Principien der Wuchergesetzgebung** lassen sich in Österreich,[1] wie in fast allen Ländern Europas, drei Epochen unterscheiden.[2]

Die erste Periode (1751—1866) umfasst, mit einer kurzen Unterbrechung durch die Zinsenfreiheit des Josefinischen Patents v. 29. Jänner 1787 J. G. S. 625, die Zeit der Herrschaft der Wucherpatente Maria Theresia's v. 26. April 1751 und Franz' II. v. 2. December 1803 J. G. S. 640. Im Grundgedanken mit ersterem übereinstimmend,[3] will letzteres Gesetz die „Ausrottung des Wuchers" dadurch erzielen, dass für Darlehen[4] ein Zinsenmaximum (Zinstaxe) — von 6%, „bei gegebenem Unterpfande" 5% — festgesetzt wird, dessen Überschreitung oder Umgehung — „Wucher im Capital", „in Zinsen" oder „in Bedingungen"[5] — sowohl Nullität des Vertrages als Strafe nach sich zieht. Auf dem Gebiete des Civilrechts wie des Strafrechts also dieselbe feste Grenze ohne Rücksicht auf subjective Voraussetzungen oder Umstände des concreten Falles.

Die zweite Periode, von liberalen wirtschaftlichen Ideen beherrscht, brachte, nach einem verfehlten Versuche einen Mittelweg zu finden (in der Vdg. v. 14. December 1866 R. G. B. 160[6]), volle

---

tung bei Jaques S. 74 ff. und Hinschius S. 51 ff., dass auch das Verbot der lex commissoria mit den alten Wuchergesetzen aufgehoben sei; s. dagegen Dernburg Pr. R. I S. 870 N. 7.

[1] Mit Ausnahme von Dalmatien, wo das Wucherpat. v. 1803 nie galt (s. Rizy S. 2 N. *).

[2] Vgl. zur Geschichte des Wucherrechts in Österreich ganz besonders Rizy S. 82—120, ferner Zeiller Vorbereit. z. Gesetzkunde II S. 158 ff., III S. 1 ff., Chorinsky S. 6—66, auch Harrasowsky G. Z. 1868 S. 89.

[3] Chorinsky S. 25.

[4] Andere Geschäfte fallen unter das Verbot nur, wenn sie zur „Verkleidung" des Darlehens dienen sollen; Zeiller l. c. III S. 30 f.

[5] §§ 4, 8, 9, 10 Pat. v. 1803; vgl. die nun aufgehobenen §§ 993, 994, 996 a. b. Gb.

[6] Vgl. über dies Gesetz — „ein warnendes Beispiel, wie Gesetze nicht abgefasst sein sollen" (Randa S. 4 N. 2), Glaser G. Z. 1867 Nr. 1—4, Geller G. H. 1867 Nr. 1, 2, 8 und 14, Jaques S. 47 ff., Chorinsky S. 68 f. Merkwürdig bleibt es, dass diese Vdg., ein Product des „Liberalismus", in die Zeit der Verfassungssistierung fällt.

Zinsenfreiheit, indem das Ges. v. 14. Juni 1868 R. G. B. 62 alle civil- und criminalrechtlichen Schranken des Zinsenvertrages principiell beseitigte. Nur einzelne Bestimmungen des a. b. Gb. blieben trotz ihrer Herkunft aus dem System der Wuchergesetze bestehen, so §§ 990, 991,[7] 1071, 1372.[8] Allein nach kaum einem Decennium reagierte die öffentliche Meinung so heftig gegen die „Wucherfreiheit",[9] dass die Gesetzgebung sich bemüssigt sah, abermals einzugreifen. So begann

die dritte Periode, zuerst für das classische Land des Wuchers, Galizien und die Bukowina, mit dem Ges. v. 19. Juli 1877 R. G. B. 66, dessen Grundsätze bald für alle im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder in Kraft traten durch das Ges. v. 28. Mai 1881 R. G. B. 47.[10] Von einer starren Zinstaxe ist abgesehen;[11] allein gegen Missbrauch der Vertragsfreiheit durch „unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften" soll Abhilfe geschafft werden. Hiemit ist ein Specialdelict statuiert, durchaus verschieden von dem gesetzlichen Begriffe des „Wuchers" im Pat. von 1803, und, wohl um dies deutlich zu offenbaren, vermeidet das Gesetz selbst den Namen „Wucher".[12] Die Folgen dieses Delicts sind in erster Linie strafrechtliche, aber mittelbar auch privatrechtliche. Letzteres ist hier[13] genauer auszuführen.

b) Die Rechtsnormen des Ges. v. 24. Mai 1881.

α) Wucher im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn „bei Gewährung oder Verlängerung von Credit" der Creditgeber „den

---

[7] S. darüber oben § 7 Zus. 2.

[8] Vgl. oben § 18 N. 44. Nicht hierher gehört § 1335; s. oben § 18 N. 41. Über § 1001 s. unten S. 161 f. „Unbegreiflich" übrigens, dass es die Vdg. v. 14. Dec. 1866 für andere als Geld darlehen bei der Zinstaxe bewenden ließ; s. Randa S. 28 N. 65.

[9] S. Platter Der Wucher in der Bukowina (1878) und für Deutschland Eheberg Jahrb. f. Gesetzgeb., Verwaltung u. Volkswirtsch. i. deutsch. Reich. N. F. IV S. 55 ff.; vgl. Kaserer XX, III S. 10 f.

[10] Die wesentlichen Abweichungen des allgemeinen Wuchergesetzes v. 1881 (citiert als W. G.) von dem galizischen Gesetze von 1877 (Gal. W. G.), welches durch § 16 des ersteren aufgehoben ist, bestehen einerseits in der Erweiterung des Thatbestandes des Wucherdelicts im § 1 W. G. (vgl. Kaserer XXXIII S. 29) — von der aber doch nicht mit Maitisch S. 402 f. gesagt werden kann, sie führe zur Bestrafung jeder „sittlich gleichgiltigen Verletzung eines angenommenen Zinsfußes" (!) — anderseits in der Normierung der civilrechtlichen Folgen der Annullierung des Wuchergeschäfts (§ 8 f. W. G. gegenüber § 2 gal. W. G.), worüber unten S. 146 f.

[11] S. die Reg. Motive bei Kaserer l. c. S. 23 f.

[12] Das deutsche Reichsges. v. 24. Mai 1880, welches ein ähnliches Delict statuiert, wie § 1 W. G., nennt dasselbe auch „Wucher" (ebenso der Weeber'sche Entwurf bei Kaserer l. c. S. 14). Theorie und Praxis werden auch bei uns den Namen „Wucher" stets beibehalten; vgl. Maitisch S. 402.

[13] Obgleich (s. Text) das W. G. sich nicht auf Darlehensverträge beschränkt, so bilden diese doch unstreitig das wichtigste Gebiet seiner Anwendung.

Leichtsinn oder die ihm bekannte Nothlage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüthsaufregung des Creditnehmers dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren lässt, welche durch ihre Maßlosigkeit das wirtschaftliche Verderben des Creditnehmers herbeizuführen oder zu befördern geeignet sind" (§ 1 Al. 1 W. G.); ferner, wenn jemand „eine Forderung erwirbt[14] und dieselbe weiterveräußert oder geltend macht, von der er weiß,[15] dass sie auf vorstehend angegebene Art entstanden ist" (§ 1 Al. 2 W. G.).

Die wissenschaftliche Entwickelung des hiemit definierten Vergehens gehört der Lehre des Strafrechts an. Der Thatbestand ist übrigens so sehr der individuellen Beurtheilung durch den Richter anheimgegeben, dass sich kaum abstracte Lehrsätze werden aufstellen lassen.[16] An dieser Stelle sei daher nur hervorgehoben: Im Gegensatze zur älteren Gesetzgebung trifft die neue Norm nicht bloß das Darlehen und zur Verkleidung eines solchen dienende Geschäfte,[17] auch nicht bloß Geldforderungen, sondern jedes „Creditgeschäft", d. i. jedes Rechtsgeschäft, dessen Zweck Creditgewährung ist;[18] sie

[14] Dass der erste Creditgeber durch die Weiterveräußerung oder Geltendmachung der Forderung ein neuerliches Vergehen begehe, wie Ungermann J. Bl. 1883 Nr. 17 S. 195 will, widerstreitet dem Wortlaute des Gesetzes.

[15] Mala fides superveniens schadet nicht; vgl. Kaserer l. c. S. 51. — Über die Einrede des Wuchers gegen den gutgläubigen Cessionar s. unten S. 147.

[16] Vgl. Förster-Eccius I S. 447; s. übrigens zu dem verwandten Wucherdelicte des deutschen Reichsrechts Mandry S. 482 f. u. bes. Freudenstein S. 14 ff. Einzelne, nicht sehr tief gehende Bemerkungen über die Grenzen des Wuchers bei Maitisch S. 403 f., 414; geistreiche Ausführungen darüber bei Stein S. 48 ff., 124 ff.

[17] Vgl. oben N. 4; merkwürdigerweise denkt auch Chorinsky S. 3 ff. nur an Darlehen, noch auffälliger Stein S. 9, 27 ff., 32. Dass der weitere Ausdruck „Creditgeschäft" nicht bloß die zur „Verdeckung" wucherischer Darlehen dienenden Verträge mitumfasst, beweist § 2 W. G., welcher noch insbesondere von „Verdeckung" der (aller) „im § 1 bezeichneten Geschäfte" spricht.

[18] Für die Bestimmung des an sich zweifelhaften Umfanges des Begriffes „Creditgeschäft" (s. oben § 3 Zus. 2) kann man sich — die Reg.-Motive zu den Wuchergesetzen (Kaserer XXVIII S. 12) schweigen darüber — füglich nur an den aus § 1 W. G. hervorleuchtenden Zweck des Gesetzes halten. Dieser Zweck ist (s. unten S. 151 f.) die Verhütung des Missbrauchs der Creditgewährung gegen Entgelt. Jedes Geschäft also, welches, gleichviel in welcher Form, sei es ausschließlich, sei es im Anschlusse an eine andere causa (s. oben S. 27 f.), diesen Zweck verfolgt, kann zum Wucher werden, nicht aber ein Geschäft, das kein „credere" bedeutet, wie die datio in solutum (Entsch. d. Cassationshofes G. Z. 1887 Nr. 13) oder anderseits ein Geschäft, das zwar zu dem Effecte eines „credere" führt, bei welchem letzteres aber nicht die causa, etwa zu entrichtende Zinsen dafür auch nicht ein Entgelt für die Creditgewährung bilden (s. oben S. 57, 59). Zur ersteren Kategorie gehört, vom Darlehen abgesehen, der Kauf auf Credit (unrichtig daher die Entscheidung Slg. 10171; s. dagegen Pfaff-Hofmann Exc. I S. 184, Maitisch

trifft ferner nicht bloß die Vereinbarung von Zinsen im engeren Sinne, sondern Zinsen im weiten Sinne,[19] d. i. jedes wie immer geartete Entgelt für die Creditierung.[20] Dessen „Maßlosigkeit" aber wird der Richter zu bestimmen haben, nicht etwa schlechthin durch Vergleich mit dem gesetzlichen oder auch dem ortsüblichen[21] Zinsfuße, sondern unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles, im Hinblicke also namentlich auch auf die wirtschaftliche Verwendung des creditierten Capitales seitens des Schuldners, sowie auf die Gefahr des Capitalverlustes für den Gläubiger.[22]

Ausgenommen von dem Verbote[23] sind Handelsgeschäfte, bei welchen Creditgeber und Creditnehmer[24] Kaufleute sind (§ 14 W. G.). Dagegen ist das Privileg der Befreiung „von jeder gesetzlichen Beschränkung in Betreff der Höhe des Zinsfußes", welches auf Grund Art. V Vdg. v. 28. October 1865 R. G. B. 110 alle „der Aufsicht der Staatsverwaltung unterstehenden, nach ihren statutarischen Zwecken Creditgeschäfte" betreibende Anstalten genossen, durch das W. G. (in Galizien bereits durch das gal. W. G. von 1877) aufgehoben; denn mit diesen Gesetzen ist der schon in Art. VII der

S. 415), der Miet- oder Pachtzinscredit, die Stundung von Forderungen, endlich die Begründung abstracter Obligationen. Zu der zweiten Kategorie aber zählen Geschäfte, wie das irreguläre Depositum oder das pignus irregulare. Sie können daher unter das W. G. nur dann fallen, wenn sie legis fraudandae causa eingegangen sein sollten. Dasselbe muss aber wohl auch für Versicherungsverträge gelten, die schon vermöge ihrer aleatorischen Natur mit dem gewöhnlichen synallagmatischen Geschäfte nicht auf eine Linie zu stellen sind (vgl. § 1268!). A. M. Maitisch S. 416. — Selbstverständlich ist es, dass die Cession einer Forderung als solche kein „Creditgeschäft" ist, worüber Hauer J. Bl. 1883 Nr. 49 ausführlich handelt.

[19] S. oben § 18, bes. N. 18. — Vgl. Simonson, D. Begriff des „Vortheils" u. s. Stellung im deutsch. Strafr. (1889) S. 84—92, Schwarze S. 55 ff.

[20] So insbesondere auch Leistungen an dritte Personen (§ 1 W. G.). Immer aber sind „Vermögensvortheile" vorausgesetzt; vgl. Dernburg Pr. R. II S. 92 N. 23.

[21] So hatte die Vdg. v. 14. Dec. 1866 § 3 bestimmt (ebenso das deutsche Reichswuchergesetz). — Vgl. Maitisch S. 413 f.

[22] Außer dieser sog. Gefahrprämie will Jaques S. 23 auch ein Aquivalent für die Möglichkeit einer Wertänderung des Capitales in dem Zinse finden; allein dieses angebliche „aleatorische Element" trifft ja ebenso gut den Schuldner! — Im übrigen vgl. die interessanten Ausführungen über die Unmöglichkeit der Berechnung eines objectiv „gerechten" Zinsfußes bei Knies Der Credit 2 S. 110 ff. Nur die „maßlose", d. i. die offenbar über jedes wirtschaftlich in den Umständen begründete Maß hinausgehende Zinsenberedung wird nie zu verkennen sein. Vgl. dazu Freudenstein S. 46 ff.

[23] Nicht bloß von den civilrechtlichen Normen der §§ 10—13 W. G., wie nach der Stilisierung des § 14 W. G. geglaubt werden könnte und früher auch beabsichtigt war (vgl. Kaserer XXXIII S. 13, 220 ff., 226 f.) Gegen diese Ausnahme s. Schwarze S. 42.

[24] Anders § 7 gal. W. G., welches Kaufmannseigenschaft nur des letzteren verlangte.

genannten Vdg. vorgesehene Fall der Erlöschung des Privilegs eingetreten, nämlich die „Erlassung neuer die einschlägigen Verhältnisse im Interesse des gesammten Verkehrs regelnder Gesetze."[25]

β) Die gesetzliche Sanction der Übertretung des Wucherverbotes ist vor allem eine strafrechtliche; das wucherische Geschäft wird als „Vergehen" geahndet (§§ 1—6 W. G.). Doch wird demselben auch der civilrechtliche Bestand entzogen. Regelmäßig hat nämlich der Strafrichter nach durchgeführtem Criminalverfahren das Geschäft, wegen dessen er den Creditgeber verurtheilt, „als nichtig zu erklären".[26] Das Einschreiten des Strafgerichtes erfolgt, wie immer, auf den Antrag des öffentlichen Anklägers, welcher seinerseits durch beliebige Anzeigen dazu veranlaßt sein kann, namentlich durch eine von Amtswegen vom Civilrichter erstattete (§ 11 W. G.).[27] Insbesondere aber kann der Creditnehmer (der „Bewucherte") den Anstoß zur strafgerichtlichen Verfolgung des Gläubigers geben, sei es direct durch Strafanzeige, sei es indirect durch die Einwendung des Wuchers gegen die Klage seines Gegners vor dem Civilgerichte, welches sich dadurch zu jener Anzeige bemüssigt sieht. Überdies mag der Schuldner seinen privatrechtlichen Anspruch auch im Strafprocesse selbst vertreten als „Privatbetheiligter", oder unter Umständen als subsidiärer „Privatkläger" (§ 48 Str. Pr. O.).[28] An das Erkenntnis des Criminalrichters über die Qualification oder Nicht-

[25] So auch Pfaff-Hofmann l. c. S. 182 f., Slg. 8224, 8226; anders Slg. 8112, 8145, die 3. Inst. bei Now. IV Nr. 182 und in der Begründung Maitisch S. 414 f. — Nicht berührt sind aber durch die allgemeine „Regelung" des W. G. die durch lex specialis einzelnen Instituten verliehenen Privilegien, welche allerdings ein jus quaesitum sind, so z. B. die Privilegien der öst.-ungar. Bank nach § 11 lit. a ihrer Statuten (Ges. v. 27. Juni 1878 R. G. B. 66, bezw. v. 21. Mai 1887 R. G. B. 71).

[26] Diese Annullierung ist nichts Selbstverständliches. Ob „aus der Schuld des Angeklagten die . . . . Ungiltigkeit eines . . . . Rechtsgeschäftes" sich ergibt, hat im Sinne § 371 Str. Pr. O. der Strafrichter stets nach den Grundsätzen des Civilrechts zu beurtheilen (s. S. Mayer Comment. z. öst. Str. Pr. O. III S. 483 f.). Aus dem strafrechtlichen Verbote eines Geschäfts folgt aber nicht ohne weiteres dessen Nullität — vgl. Förster-Eccius II S. 302 N. 139 — § 8 W. G. enthält also einen positiven Civilrechtssatz; vgl. auch Fr. Endemann Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 72. Anderseits kann das Delict des Wuchers auch begangen werden durch ein aus anderen Gründen civilrechtlich nichtiges Geschäft; Freudenstein S. 37.

[27] § 11 W. G. gibt dem Civilrichter die Befugnis, das Verfahren in solchem Falle zu sistieren, und zwar auch ohne einen Antrag des Schuldners — vgl. Kaserer XXXIII S. 220 —; allein, wie im Texte ausgeführt, ist die Entscheidung des Strafgerichts über den Verdacht des Wuchers immer präjudicierend für den Civilrichter, letzterer daher nach Hfder. v. 6. März 1821 J. G. S. 1743 verpflichtet zur vorläufigen Einstellung des Verfahrens.

[28] S. auch § 365 Str. Pr. O.

qualification eines Geschäftes als Wucher ist der Civilrichter principiell gebunden und der Regel nach darüber auch dann zu urtheilen nicht berufen, wenn das Strafverfahren abgelehnt oder eingestellt wurde.[29] Wohl aber kann er nach allgemeinem Grundsatze (§ 366, § 372 Str. Pr. O.) jederzeit über die Privatrechtsfolgen der vom Strafrichter ausgesprochenen Nichtigkeit des Vertrages entscheiden (§ 9 W. G.).

Ausnahmsweise ist der Civilrichter competent, zu erkennen, dass ein Creditgeschäft die Merkmale des § 1 W. G. an sich trage (Wucher vorliege) und demzufolge dasselbe für nichtig zu erklären, wenn „aus einem anderen Grunde als wegen mangelnden Thatbestandes oder wegen Unzulänglichkeit der Verdachtsgründe eine strafgerichtliche Verfolgung nicht stattfinden kann oder die Verurtheilung nicht erfolgte" (§ 10 W. G.), Fälle, in welchen thatsächlich das Delict des Wuchers „begangen ist",[30] ein Strafurtheil aber aus specifisch strafrechtlichen Gründen[31] ausgeschlossen erscheint. Es gehört dahin der Fall des Todes und der Flucht des Creditgebers, der strafrechtlichen Verjährung,[32] sowie der (nach Abschluss des wucherischen Geschäftes eingetretenen) Unzurechnungsfähigkeit des Gläubigers, nicht aber dessen Eigenschaft als Ausländer.[33] Hätte ein solcher das Wuchergeschäft im Auslande geschlossen,[34] so fällt seine Handlung nach § 234 Str. G. überhaupt nicht unter das österreichische Strafgesetz,[35] es ist daher nicht etwa bloß die Durchführung des Strafverfahrens gegen ihn unmöglich, sondern es fehlt ein nach unserem Rechte strafbarer „Thatbestand",[36] und deshalb kann gemäß § 10

[29] Vgl. Maitisch S. 437; Reg. Motive bei Kaserer l. c. S. 32; dazu Schwarze S. 29 f. — Lehnen die Organe der Strafjustiz die Verfolgung ab, so steht dem Schuldner nur der Versuch frei, den Strafproceß als Subsidiarankläger einzuleiten. Die Reg.-Vorlage hatte durch die Formulierung des § 4 (jetzt § 10 W. G.) direct darauf hingewiesen; s. Kaserer l. c. S. 22, 32. — Viel weiter geht de lege ferenda Thorinsky S. 139 f.

[30] So die Motive bei Kaserer l. c. S. 32.

[31] Unrichtig Ungermann l. c. S. 197: „aus welchem Grund immer."

[32] Dies die Fälle, welche die Reg.-Motive l. c. anführen. Vgl. auch § 425 Str. Pr. O.

[33] Wie Maitisch S. 437 will und die Entsch. G. H. 1890 Nr. 8 anzunehmen scheint.

[34] Ist der Wucher im Inlande begangen, so ist dessen strafgerichtliche Verfolgung nach § 234 Str. G. nicht ausgeschlossen, daher von Anwendung des § 10 W. G. keine Rede.

[35] Die Frage nach dem „Thatbestand" des Wuchers bleibt, trotz des Civilrechtssatzes, welcher gleichsam als secundärer hinzutritt (s. oben N. 26), eine criminalistische. Es kommt daher auch das internationale Strafrecht, nicht das internationale Privatrecht (etwa § 37 a. b. Gb.) in Betracht.

[36] Der von § 10 W. G. aufgenommene Terminus „Thatbestand" ist kein glücklicher — vgl. nur Schütze Deutsch.

W. G. auch der Civilrichter — vor dem der Ausländer etwa gegen seinen inländischen Schuldner klagt — das Geschäft nicht annullieren. Wohl aber fallen unter obigen Gesichtspunkt die vor Beginn der Wirksamkeit des W. G. contrahierten Schulden, soweit dieselben nicht vor diesem Zeitpunkte „getilgt" oder „durch richterlichen Spruch zuerkannt oder durch gerichtlichen Vergleich festgestellt sind",[37] da nach § 13 W. G. die civilrechtlichen Normen dieses Gesetzes rückwirkende Kraft haben (§§ 10—12 W. G.).[38] Der Civilrichter wird daher auch jenen älteren wucherischen Verträgen die Wirkung absprechen;[39] was jedoch der Creditgeber vor jenem Tage an Gewinn thatsächlich schon bezogen hat, kann ihm nicht mehr entrissen werden.[40]

Strfr. S. 85 f. Soviel scheint jedoch sicher, dass der verbrecherische Thatbestand ohne Strafgesetz nicht gedacht werden kann. „Nulla poena sine lege" heißt: „keine Strafdrohung — kein Verbrechen": Schaper in Holtzendorff's Handb. II S. 90. Vgl. auch Binding Handb. I S. 179 f.

[37] War der „Richterspruch" schon bei (oder vor) der Begründung der Schuld erwirkt — wie z. B. in dem Falle Slg. 9431 — so ist dies ein Scheinact, welcher der Annullierung des Geschäftes nie entgegenstehen kann (s. § 2 W. G.); vgl. Pfaff-Hofmann l. c. S. 180. — Der Notariatsact mit Vollstreckungsclausel steht richtiger Ansicht nach dem „Richterspruch oder Vergleich" nicht gleich, wie sich aus § 4 Not. Odg. ergibt; s. Pfaff-Hofmann l. c. S. 181 f., Ungermann l. c., Slg. 9431, 11038; a. M. Maitisch J. Bl. 1883 Nr. 25.

[38] „Weil es für jeden Richter empörend ist, etwas für recht zu erklären, was ihm sittlich verwerflich erscheint": Bericht der Herrenhauscommission bei Kaserer XXXIII S. 220; vgl. Pfaff-Hofmann l. c. S. 178. Übrigens lässt, wie die genannten Schriftsteller bemerken, die Textierung des § 13 W. G. „manches zu wünschen übrig". Seinem Wortlaute nach sollen „§§ 10—12 W. G." auch auf ältere Geschäfte Anwendung finden; § 10 W. G. schließt aber auch die civilrechtliche Anfechtung bei „mangelndem Thatbestand" des Delicts aus; das träfe nun gerade für die vor Erlass des Strafgesetzes gegen den Wucher fallenden Geschäfte zu — s. oben N. 36. Gleichwohl will das Gesetz zweifelsohne die civilrechtliche Rückwirkung. In Betreff der nicht sehr sicheren Judicatur in der Frage s. Pfaff-Hofmann l. c. S. 182 ff., Manz § 993 N. 1.

[39] Für Geschäfte, welche in Galizien und der Bukowina vor Beginn der Geltung des allg. W. G. geschlossen sind, bleibt nach § 16 W. G. das gal. Ges. v. 1877 anzuwenden, welches keine Rückwirkungsclausel enthielt; vgl. Slg. 10760.

[40] § 13 W. G. schließt die Rückwirkung auf Forderungen aus, welche „vor diesem Zeitpunkte getilgt sind"; das muss wohl auch dahin verstanden werden, „soweit sie getilgt sind". Man gelangte sonst zu dem sonderbaren Resultate, dass der Wucherer, welcher schon den ganzen Wuchergewinn eingetrieben hat, ihn behalten dürfe, derjenige aber, welcher sich etwa mit einem Theile begnügt hat, diesen herausgeben müsse! So freilich Daum J. Bl. 1881 Nr. 24 und die Entscheidung Slg. 9431, welcher, wie es scheint, Pfaff-Hofmann l. c. S. 184 auch in diesem Punkte zustimmen. — Viel zu weit geht jedenfalls in der Statuierung von Rückwirkung des W. G. Ungermann J. Bl. 1883 Nr. 17, 27, 28; gegen ihn treffend Pfaff-Hofmann l. c. S. 179 ff. und mit schwacher Begründung Maitisch J. Bl. 1883 Nr. 20. Zu weitgehend in der umgekehrten Richtung Daum J. Bl. 1881 Nr. 23, 24, welcher (de lege ferenda) dem Wucherer auch vor dem neuen Gesetze verfallene, aber noch nicht bezogene Zinsen zusprechen will.

Treffen vorstehende Voraussetzungen der Competenz des Civilrichters zu, so ist es Sache des Schuldners, den Anspruch auf Vernichtung des Vertrages „im Verfahren in Streitsachen“[41] (§ 10 W. G.) geltend zu machen, nicht aber Sache des Gerichts, von amtswegen[42] — etwa in Erledigung eines Executionsgesuches des Gläubigers[43] oder bei Contumaz des Schuldners[44] — sie auszusprechen. Der Anspruch kann aber erhoben werden[45] in Form der Klage gegen den Wucherer auf Herausgabe des unrechtmäßig bezogenen Gewinnes, oder der Einrede gegen die Klage aus dem Wuchergeschäfte, oder der Feststellungsklage, so insbesondere zur Bestreitung der Executionskraft eines Notariatsactes (§ 4 N. O.) oder als Löschungsklage[46] gegenüber einer für die Wucherschuld bestellten Hypothek, oder aber auch in Form des Recurses gegen einen Executionsbescheid,[47] eventuell in Verbindung mit dem Begehren um Sistierung der Execution. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche von 30 Jahren.[48]

[41] Jedoch unter freier Beweiswürdigung des Richters (§ 12 W. G.), womit allerdings nicht gesagt ist — wie Maitisch S. 524 glaubt — dass der Richter auch für Herbeischaffung des Beweismaterials zu sorgen habe.

[42] A. M. Maitisch l. c. Allein die ausdrückliche Beschränkung auf „das Verfahren in Streitsachen“ hätte keinen Sinn, wenn der Civilrichter einfach an die Stelle des Strafrichters oder Staatsanwalts hätte gesetzt werden wollen. Kann doch die Annullierung, welche § 10 W. G., wenn einmal der Wucher im Sinne § 1 „festgestellt ist“, kategorisch vorschreibt, auch zu einer Rückleistung des Creditgebers führen, so dass der Richter dem Creditnehmer einen von diesem gar nicht erhobenen Anspruch zuerkennen müsste! Für die Ansicht des Textes die Entscheidung Slg. 9138, 10361, wohl auch Ungermann l. c. S. 197; vgl. noch die folgende Note.

[43] So auch Slg. 8023, 8198; anders Slg. 7465, 7466, 11038.

[44] Ebenso ist im Mandatsprocesse und ähnlichen Verfahrensarten der Zahlungsbefehl zu erlassen und die Anfechtung wegen Wuchers den Einwendungen, bezw. dem Widerspruche des Schuldners zu überlassen. — Im übrigen sei doch bemerkt, dass der Civilrichter in bedenklichen Fällen nach § 11 W. G., resp. Hofder. v. 6. März 1821 (s. oben N. 27) allerdings die Strafanzeige erstatten und die Execution sistieren kann, ohne einen Schritt des Schuldners abzuwarten; vgl. Kaserer l. c. S. 220, dagegen äußert wieder Bedenken Maitisch S. 437.

[45] Vgl. Maitisch S. 425, Ungermann l. c. S. 197.

[46] Dieselbe kann auf Grund § 61 Grdb. Ges. bücherlich angemerkt werden; Slg. 7580.

[47] Arg. § 2 W. G. (vgl. oben N. 37), nach welchem noch im Executionsstadium die Einwendung gestattet sein muss, dass der Executionstitel in wucherischer Absicht erschlichen sei; sodann § 11 W. G. Al. 2 (s. aber Slg. 9138); endlich § 13 W. G., welcher nur ausnahmsweise die Anfechtung der schon vor Wirksamkeit dieses Gesetzes erworbenen Executionstitel ausschließt. Die Ansicht des Textes herrscht auch in der Praxis vor; s. Slg. 7557, 7574, 7596, 7878, 8325, 9019 und G. H. 1890 Nr. 8 (entgegengesetzt Slg. 7978, 8539; ein anderes ist es, dass die Feststellung des Wuchers nicht im Meistgebotvertheilungsverfahren erfolgen kann, Slg. 11038). A. M. Ungermann l. c. S. 197, Maitisch S. 500 ff.

[48] Eine kürzere Verjährung des Rück-

γ) Das wucherische Creditgeschäft convalesciert,[49] wenn der Creditgeber, „bevor der öffentliche Ankläger oder das Strafgericht von der That Kenntnis erlangt, den gesetzwidrigen Vorgang behebt und dem Creditnehmer das bezogene Übermaß sammt gesetzlichen Zinsen vom Tage des Bezuges an zurückerstattet" (§ 7 W. G.), somit, wenn durch theilweisen Schulderlass oder durch Modificierung der Bedingungen des Creditvertrages oder durch Rückgabe die Schuld derart reduciert wurde,[50] dass der dem Creditgeber bleibende Vortheil nicht mehr „maßlos" im Sinne § 1 W. G. erscheint.[51] Hat aber einmal das Strafgericht Kenntnis von dem wucherischen Vorgehen, so kann die Strafe, sowie die Annullierung des Vertrages, durch keinerlei Transaction abgewendet werden.

δ) Die „Rechtsfolgen der Vernichtung[52] des Geschäftes" (§ 8 Al. 1, § 10 W. G.) ergeben sich aus allgemeinen Grundsätzen (§ 877, § 1435 a. b. Gb.): Der Creditnehmer hat das zur Begründung der als nichtig erklärten Obligation Empfangene (die Valuta), der Creditgeber das auf Grund der Obligation schon Geleistete herauszugeben — gegenseitige condictio sine causa.[53] Dabei

---

forderungsanspruchs, wie Art. 3 des deutsch. W. G., kennt unser Gesetz nicht; analoge Anwendung § 1487 ist offenbar unzulässig. Dass auch § 1489 nicht herangezogen werden kann, s. unten N. 53.

[49] „Die Strafbarkeit erlischt", somit auch die Möglichkeit der Nichtigerklärung des Geschäfts, welche immer den „Thatbestand" der strafbaren Handlung voraussetzt (§§ 8, 10 W. G.); vgl. oben S. 142.

[50] Eine Convalescenz durch Anerkennung erscheint ausgeschlossen, wenn man bedenkt, dass das Gesetz Condiction des auf die Wucherschuld freiwillig Gezahlten zulässt, sowie dass dasselbe den Wucher als crimen publicum behandelt. Anders lag für das römische Recht der sonst nahe verwandte Fall des erpressten Geschäfts; dazu Gradenwitz d. Unciltigkeit oblig. Rechtsgesch. S. 52 ff.

[51] Die „Behebung der Gesetzwidrigkeit" (§ 7 W. G.), welche zur Convalescenz genügt, ist nicht identisch mit den „Rechtsfolgen" (§ 8 W. G.), welche die richterliche Annullierung nach sich zieht (vgl. im Texte δ). Beides verwechselt Maitisch S. 425; s. dagegen auch Kaserer l. c. S. 218 f.

[52] In Bezug auf diese ist der Civilrichter an den etwaigen Spruch des Strafgerichts gebunden; vgl. ob. S. 141 f.

[53] Genauer: auf Seite des Schuldners condictio ob injustam causam, auf Seite des Gläubigers condictio sine causa specialis (Dernburg Pr. R. II S. 904), nicht aber condictio indebiti (so Wendt S. 468; dagegen Unger Haimerl's Vjschr. XIV S. 125 N. 19). Unrichtig ist auch die Qualificierung des Rückforderungsanspruchs als „Judicatsobligation", so Stubenrauch II S. 343; constitutiver Natur ist der Richterspruch, insoweit er das Geschäft annulliert (s. unten S. 148), die Rückforderungsansprüche aber ergeben sich daraus kraft Rechtens und diese „Rechtsfolgen" werden vom Richter nur „declariert". Noch weniger sind jenes Schadenersatzansprüche, daher weder die Verjährungsfrist des § 1489, noch die Solidarität des § 1302 platzgreift (eine positive Vorschrift in letzterer Beziehung, wie Art. 3 Al. 2 des deutschen, fehlt in unserem W. G.; vgl. noch unten N. 55).

haftet letzterer für Beschädigung, Verlust und Früchte als „unredlicher Besitzer“ (§ 1437), ersterer als redlicher Besitzer nur für die zur Zeit der Klagebehändigung vorhandene Bereicherung.[54] Soweit allerdings die Rückerstattung empfangenen Geldes in Frage kommt, hat jeder von beiden der positiven Vorschrift § 8 W. G. gemäß nicht mehr und nicht weniger als die gesetzlichen Zinsen (5%) vom Tage des Empfanges dem anderen zu vergüten.[55] Ergibt sich in solchen Fällen für beide Theile ein Rückforderungsanspruch,[56] so wird der Richter naturgemäß aufrechnen und darnach einfach dem einen oder dem anderen den zu seinen Gunsten verbleibenden „Mehranspruch“ zuerkennen. Auf diesem Wege kann namentlich die vom Creditnehmer gegen die Klage des Creditgebers vorgebrachte Einwendung des Wuchers dahin führen, dass der Richter einen „Mehranspruch“ des Klägers berechnet, und den Geklagten zu dessen Erfüllung statt zur Zahlung des geforderten Betrages verurtheilt. Allein es ist wichtig festzuhalten, dass dies nicht der auf das erlaubte Maß „reducierte“ Vertragsanspruch[57] ist — ein solcher kann aus

---

[54] Vgl. Schwarze S. 89. Nicht zutreffend Maitisch S. 511 f., welcher behauptet, die Rückleistung habe immer (z. B. bei Creditkauf!) nur in Geld zu erfolgen. Allerdings kann die Vorschrift des § 8 W. G. über „Rückerstattung des Geleisteten sammt gesetzlichen Zinsen“ nur auf Rückzahlungen in Geld bezogen werden, da unsere Gesetzgebung „gesetzliche Zinsen“ nur für Geldschulden kennt (Hfdcr. v. 18. Jänn. 1842 J. G. S. 592), daraus folgt aber nicht — was im Widerspruche mit der „Nichtigerklärung“ des Geschäftes stünde — dass die etwa hingegebenen Nichtfungibilien nicht in natura zu restituieren seien, sondern nur, wie im Texte gesagt, dass die Vorschrift des § 8 eben nur gilt, soweit schon das „gegenseitig Geleistete“ in Geld bestand — ohnehin der praktisch wichtigste Fall.

[55] Dass der Creditnehmer gesetzliche Zinsen zu zahlen hat, ist eine Abweichung von den Grundsätzen der condictio sine causa, welche billigkeitshalber zu statuieren war (vgl. Kaserer l. c. S. 219, Schwarze S. 30 ff., 41). Ebendeshalb muss für die gegenseitige Geldrestitution jeder weitergehende Anspruch — trotz §§ 874 und 1295 — ausgeschlossen sein. Anders nach dem deutschen Ges., welches allerdings einen delictsmäßigen Ersatzanspruch als Grundlage zu nehmen scheint; vgl. Mandry S. 488 ff.

[56] In diesem Sinne handelt es sich wirklich um ein judicium duplex; Maitisch S. 524.

[57] Zweifelhaft konnte dies erscheinen nach § 2 gal. W. G., sowie § 2 der Reg.-Vorlage zum W. G. (Kaserer l. c. S. 21), welche den Richter anwiesen, dem Gläubiger eine „entsprechende billige Vergütung“ zuzusprechen, was in der Praxis meist durch einfache Herabsetzung des bedungenen Zinsfußes geschah (vgl. z. B. Slg. 7466, 7878). Allmählich hätte sich gewiss in der Judicatur auf diesem Wege eine Art Zinstaxe herausgebildet — vgl. Platter l. c. S. 53, Kaserer l. c. S. 24 f., 217. Mit Recht hat daher das Ges. v. 1881 das im Texte ausgesprochene Princip angenommen (vgl. Kaserer l. c. S. 219), und § 8 Al. 2 stellt ganz deutlich den Rückforderungsanspruch der „vertragsmäßigen Forderung“ entgegen. Wenn Maitisch S. 425 f., 511 f. (aber auch Ungermann l. c. S. 195 und Slg. 10759) gleichwohl von bloßer „Reduction“ der Forderung spricht, so erklärt sich das nur aus der oben N. 54 besprochenen irrigen Auffassung des § 8

dem „vernichteten" Vertrage nicht mehr bestehen —, sondern ein auf anderem Rechtsgrunde (der grundlosen Bereicherung) beruhender.[58] Durchaus singulärer Natur ist der Rechtssatz (§ 8 Al. 2 W. G.), dass für jenen „Mehranspruch" des Creditgebers (condictio sine causa) die für die vertragsmäßige Forderung erworbene Sicherstellung durch Pfandrecht oder Bürgschaft haftet.[59]

Die Einwendung des Wuchers kann auch dem Rechtsnachfolger, insbesondere dem Cessionar des ursprünglichen Creditgebers, dem gutgläubigen wie dem schlechtgläubigen,[60] entgegengehalten werden (§ 1394, § 1396 a. b. Gb.), soweit nicht die Grundsätze der publica fides des Grundbuchrechts oder des Rechts der Scripturobligationen entgegenstehen.[61] Die eben besprochenen Rückforderungsansprüche stehen auch in diesem Falle für und gegen den ersten Creditgeber zu,[62] nur bezüglich des schon an den Nachfolger Geleisteten gegen diesen.

Zusatz 2.

ε) Die **Ungiltigkeit**[63] des wucherischen Geschäftes gestaltet sich demnach folgender Maßen. Die Rechtswirkungen des Vertrages werden nicht bloß in ihrem ökonomischen Effecte wieder beseitigt, sondern der Vertrag selbst wird „vernichtet" (§ 8 Al. 3 W. G.) u. zw. „ex tunc", wie die Zinsenberechnung in § 8 Al. 1 W. G. zeigt. Gleichwohl ist die Nichtigkeit des Wuchergeschäftes keine

W. G.; über sein Argument aus § 7 W. G. s. oben N. 51, vgl. ferner unten N. 58 u. 59. Correct ist der Standpunkt der Entscheidungen Slg. 9504, 9531.

[58] Wichtige praktische Consequenzen: Der Rückforderungsanspruch infolge Einwendung des Wuchers gegen eine Wechselforderung ist kein wechselrechtlicher: Slg. 11147; für den Rückforderungsanspruch des Creditgebers gilt nicht der vertragsmäßige Fälligkeitstermin; dies übersieht Schwarze S. 92 f. Vgl. überhaupt oben S. 41 f.; ferner unten N. 62.

[59] Die singuläre Bestimmung (s. Kaserer l. c. S. 31) beweist nicht die Identität der causa des „Mehranspruchs" des Gläubigers und der „vertragsmäßigen Forderung"; denn eine Übertragung von Pfandrecht und Bürgschaft auf andere Forderungen ist im österreichischen Rechte auch sonst nicht unerhört, s. §§ 1378, 1352. Dies gegen Maitisch S. 427 f., aber auch Förster-Eccius II S. 302 f. Schwarze S. 93.

[60] Abgesehen davon, dass gegen den letzteren die Einwendung des Wuchers aus seiner Person zustehen kann (§ 1 Al. 2 W. G.); s. oben bei N. 14. Vgl. Schwarze S. 89 f.

[61] Vgl. Maitisch S. 452 ff.

[62] Seine condictio sine causa (auf den „Mehranspruch") mag der erste Gläubiger seinem Nachfolger cedieren — etwa infolge Gewährleistungsanspruchs des letzteren —; gewagt wäre aber die Annahme, dass diese Cession schon implicite in der Cession des Vertragsanspruchs gelegen sei. So, wie es scheint, Schwarze S. 90, Mandry S. 487 f.; s. dagegen Förster-Eccius II S. 302.

[63] Den Ausdruck im weiten Sinne genommen, als alle Fälle umfassend, in welchen ein Rechtsgeschäft, „weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht", weil es „fehlerhaft" ist, nicht die beabsichtigte Rechtswirkung zu erzielen vermag. Vgl. unten N. 101.

sofort „entschiedene"; vielmehr bedarf es immer erst der „Nichtigerklärung" durch den Richter (§§ 8, 10 W. G.), dessen Spruch also nicht bloße Declaration,[64] sondern Bedingung der Nullität des Vertrages ist. Bis dahin besteht das Geschäft mit seinen Wirkungen; Beweis dessen, von dem Wortlaute des § 8 Al. 1 und Al. 3 abgesehen, die Giltigkeit der „erworbenen Sicherstellung" (§ 8 Al. 2), sowie die Möglichkeit der Erlöschung der Verfolgung seiner Nullität (§ 7 W. G.).[65] Eigenthümlich ist diesem Falle der Ungiltigkeit eines obligatorischen Vertrages endlich, daß jener Richterspruch erfolgen kann entweder auf Grund Anspruchs des verletzten Creditnehmers,[66] oder infolge Einschreitens des öffentlichen Anklägers. Mit anderen Worten: Das wucherische Geschäft ist ein anfechtbares, anfechtungsberechtigt aber der Creditnehmer oder der öffentliche Ankläger.[67]

Zusatz 1. Es sind dreierlei **Principien der Wuchergesetzgebung,** welche im Laufe der neueren Rechtsgeschichte[68] einander bekämpft und

---

[64] Nur wer vorgefaßter doctrinärer Meinung an das Gesetz herantritt, kann behaupten, daß die „Vernichtung" (§ 8 Al. 3 W. G.!) des Creditgeschäfts durch den Richter bloß declaratorische Bedeutung habe (ganz anders lautet das deutsche Ges. Art. 31, so Stubenrauch II S. 342, Schiffner § 132 N. 8, Maitisch S. 425. Wenn insbesondere der letztgenannte Schriftsteller sich auf § 878 beruft, so übersieht er völlig, daß es auch Verbotsgesetze gibt, welche keine Nullität des verbotenen Geschäftes wollen (ein Beispiel bietet das W. G. selbst § 15!). Vgl. darüber jetzt Fr. Endemann l. c. S. 90, 102 f., 108, 124 f., Wendt S. 158, 169 f.

[65] Es tritt in den Fällen des § 7 W. G. nicht ein fehlendes Requisit des Geschäftes hinzu, sondern es „erlischt" die Möglichkeit seiner Umstoßung durch „Correctur an sich selbst", wie der Bericht des Ausschusses des Abgeordnetenhauses (Kaserer l. c. S. 37, 51) sagte.

[66] Es bedarf der Geltendmachung vor Strafrichter oder Civilrichter (s. oben S. 144). Somit liegt nicht „relative Nullität" in dem herrschenden Sinne (Windscheid § 82 N. 8) vor.

[67] Wie man den Namen für diese Art der Ungiltigkeit wählt, ist füglich Geschmacksache. Auf den Fall der Umstoßung des Wuchergeschäfts infolge Anspruchs des Creditnehmers paßt gewiß der Ausdruck „Anfechtbarkeit" in dem allgemein üblichen Sinne. Wo die öffentliche Anklage zur Annullierung führt, wird vielleicht derjenige von „Anfechtung" zu sprechen Bedenken tragen, der mit der herrschenden Terminologie (s. Hasenöhrl I S. 638) den Begriff auf die von einer der Parteien ausgehende Reaction gegen das Geschäft beschränkt. Ich dächte, bei „entschiedener Nullität" oder bei einer vom Gerichte ex officio einzuleitenden Annullierung (z. B. einer wegen eines impedimentum publicum ungiltigen Ehe) sträubt sich das Sprachgefühl gegen die Bezeichnung „Anfechtbarkeit" (in dieser Richtung dürfte Wendt S. 166 zu weit gehen), nicht aber, wo das Gericht doch immer den Antrag einer bestimmten Person abzuwarten hat, sei dies auch der öffentliche Ankläger. Vgl. noch unten S. 158.

[68] Über die ältere Geschichte, und insbes. das canonistische Zinsverbot s. das eingangs citierte Werk von Neumann, Goldschmidt S. 227 ff.; ferner W. Endemann Nationalökon. Grundsätze d. canonist. Lehre §§ 2—5, Rizy S. 35 ff., Knies D. Credit 1 S. 328 ff

abgelöst haben. Zur Erläuterung des Standpunktes unseres heutigen Rechts sei darüber nachstehendes bemerkt. So sehr von altersher Wucher und Wucherer Abscheu und Entrüstung begegnet sind, niemals hat doch eine Gesetzgebung oder Jurisprudenz gewagt, sich mit dem einfachen Satze zu begnügen, das wucherische Geschäft sei „contra bonos mores" und deshalb ungiltig.[69] Vielmehr wird überall davon ausgegangen: wo kein positives Gesetz eine Schranke zieht, da ist auch die empörendste Zinsenberedung giltig. Nur, ob solche gesetzliche Schranke bestehen solle, davon ist die Frage, darüber ist Streit, und fast immer tragen Zinstaxen den Charakter von „Ausnahmsgesetzen"[70] an sich, geradeso wie gesetzliche Fixierungen von Kauf- oder Mietpreisen nur als Singularität auftreten.[71] Was ist der tiefere Grund dieser Erscheinung? Das Recht schützt die Interessen, sanctioniert die Geschäfte, welche ihm nach seinen Zwecken dessen würdig scheinen. Welche Interessen, welche wirtschaftlichen Geschäftszwecke dieser Anerkennung theilhaftig werden sollen, das kann die Rechtsnorm nur abstract bestimmen, die „causae" der Verkehrsgeschäfte als Typen werden rechtlich ausgestaltet.[72] Wo nun das Recht principiell Vertragsfreiheit verkündet, und dieser nur negativ gewisse Grenzen zieht, da können somit auch diese, d. i. die Fälle, in welchen das Recht seinen Schutz versagt, nur abstract bestimmt werden durch Benennung unerlaubter Geschäftstypen oder causae.[73] Und auch die subsidiäre Verweisung auf Moral und gute Sitte kann nur die Bedeutung haben, dass das Geschäft, dessen causa schon in thesi den „boni mores" widerstreitet, keine Geltung habe, nicht aber jedes Geschäft, dessen causa an sich rechtlich und wirtschaftlich anerkannt ist, welches aber in concreto aus unsittlichen Motiven entsprungen oder zu weiteren unsittlichen Zwecken

---

[69] Trotz gelegentlicher Aussprüche, wie z. B. bei Dernburg Pr. R. II S. 91, welcher in der Straflosigkeit und unbeschränkten civilrechtlichen Giltigkeit des wucherischen Vertrages einen „Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatze" erblickt (schärfer freilich jetzt Goldschmidt Syst. d. Handelsr. im Grundr. S. 135, nach welchem „das Ausbeutungsgeschäft ungiltig, weil contra bonos mores" wäre auch ohne das Reichsges. v. 24. Mai 1880; s. dagegen Schwarze S. 38 f.). Recht unklar der Bericht bei Kaserer l. c. S. 219: Das Wuchergeschäft sei „jedenfalls ein negotium turpe et contra bonos mores", bei dem „die wahre Einwilligung des Creditnehmers zweifelhaft ist" (§ 869 a. b. Gb.!). — Dass der Satz Papinian's (L. 5 D. de usur. 22, 1) „bonae fidei judicium non recipere praestationem quae contra bonos mores desideretur" — trotz seiner Stellung im Titel „de usuris" sich auf wucherische Zinsen beziehe, ist nicht nachweisbar (vgl. Lenel Palingenes. I p. 874 Nr. 350); der Zusammenhang mit L. 4 und L. 6 eod. spricht dagegen. Vgl. noch unten N. 89.

[70] S. dagegen Chorinsky S. 147 f.

[71] Die Frage, warum gesetzliche Schranken für den „Preis des Credits", nicht aber anderer Güter, ist seit Bentham's defence of usury (deutsch von Eberhard, 1788) S. 9 f., 53 ff. bis zum Überdruss wiederholt. Anderseits scheint aber die mittelalterliche Idee, dass jeder Gewinn durch Kauf und Verkauf Wucher sei (vgl. W. Endemann l. c. S. 92 ff.) in vielen Kreisen noch nicht vergessen zu sein; vgl. darüber die interessanten Mittheilungen bei Zuns „Wucher auf dem Lande" (1888).

[72] S. oben S. 7.

[73] Fr. Endemann l. c. S. 77: „Die Nichtigkeit besteht darin, dass die Rechtsordnung der Verkehrsabsicht gegenübertritt."

missbraucht ist.[74] Zu letzterer Kategorie aber gehört das synallagmatische Geschäft bei Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.[75] Deshalb hat dasselbe römische Recht, welches wiederholt die unsittliche Verpflichtung der unmöglichen gleichstellt,[76] den vielverleumdeten Satz aussprechen können: „naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere.“[77] Das gilt auch vom Darlehen und Darlehenszins. Die causa der Creditgewährung gegen Entgelt ist rechtlich anerkannt; ja, auch die Absicht, durch die Hingabe von Capital Gewinn zu machen, ist nicht in thesi unsittlich.[78] Das Missverhältnis zwischen Capital und Zins macht also die causa credendi noch nicht zur turpis causa. Von dem Gesichtspunkte des „pactum contra bonos mores“ konnte man deshalb nicht zur Nullität der maßlosen Zinsenberedung gelangen. Solange man daher glaubte — oder noch glaubt[79] — den Wucher als Überschreitung eines bestimmten

---

[74] Für solche Fälle kann nicht principiell Nullität des Geschäfts statuiert werden; vgl. Kohler dogm. Jhrb. XXV S. 25, Fr. Endemann l. c. S. 88. Nur die objectiv unsittliche causa hat auch § 878 („geradezu unerlaubt“) im Auge; vgl. Hasenöhrl I S. 392 f., Slg. 2398, 2915. Kauf einer Waffe zu verbrecherischem Zwecke, Miete eines Hauses behufs unmoralischer Verwendung der Localitäten sind nicht ungiltig (nicht ganz unbedenklich daher die von Kohler Arch. f. brgl. R. I S. 359 mitgetheilten Entscheidungen).

[75] Ganz anders, wo die Unsittlichkeit darin liegt, eine gewisse Leistung zum Object eines entgeltlichen Geschäftes überhaupt zu machen, so Ausbedingung eines Preises für Unterlassung eines Verbrechens, so der Fall § 879 Z. 1 (Zustandebringung einer Ehe), während allerdings die Fälle § 879 Z. 2 und 3 nicht eine an sich unsittliche causa betreffen, sondern möglichen Missbrauch einer an sich erlaubten, so dass diese Verbote in der That Verwandtschaft zeigen mit den bestandenen Zinstaxen; vgl. Jaques S. 85 ff.

[76] L. 15 D. de condic. 35, 1 (Papin.); cf. L. 26 D. de V. O. 45, 1, L. 112 § 3 D. de leg. I, L. 4 C. de inut. stip. 8, 38.

[77] L. 22 § 3 D. loc. 19, 2 (Paul.), L. 16 § 4 D. de minor. 4, 4 (Pomp.); cf. Cic. de off. III, 15. Über die Grenze gegen wirklichen dolus s. L. 49, pr. D. de A. E. V. 19, 1, dazu Bechmann Kauf I S. 644 ff.

[78] Das biblische Zinsenverbot (5. B. Mos. 23, 19) ist nicht Verbot unerlaubten Gewinnes, sondern Moralgebot der Wohlthätigkeit (vgl. den bei Neumann S. 618 abgedruckten Brief Luther's), daher auch erklärlich, dass es nur gegenüber dem „Bruder“ gilt. Erst die canonistische Theorie hat — s. W. Endemann l. c. S. 18 f. — zu diesem und der Lehre der Evangelien den scholastischen Satz von der „Unfruchtbarkeit“ des Geldes (Zinsen „breed of barren metal“: Shakespeare Kaufmann v. Veneb. I, 3) herangezogen, an den merkwürdigerweise noch Pothier l. c. p. 514 glaubt, und gegen den noch Cod. Ther. III c. 17 Nr. 1, sowie Wg. Gb. III § 254 sich verwahren zu müssen meinten (vgl. Harrasowsky Gesch. der Codification S. 118). Dem römischen Rechte ist gerade die Vorstellung der Zinsen als Frucht des Capitales geläufig; cf. L. 7 D. de usur. 22, 1: „nummi steriles non erunt“; Non. Marcell. V, 70: „foenus cum usuris sumitur, et est accepti foetus .... quasi partus mutui sumti“ (nicht „poena“, wie Roesler Ztschr. f. Handelsr. XII S. 369 sagt). Ja auch das „urdeutsche“ Wort „Wucher“ deutet zunächst nur den natürlichen Fruchtgewinn an; s. Neumann S. 53 ff., Stobbe III S. 296 N. 14.

[79] S. den Ausschussbericht bei Kaserer l. c. S. 50 und die Rede Rizy's ebenda S. 227 ff., auch Platter l. c. S. 7, Stein S. 100 ff., ferner Ungar. Ges. Art. XXXI v. 1868; s. unten N. 97.

Zinsfußes verstehen zu müssen, handelt es sich in der That nicht um die „Verwirklichung der Rechtsidee",[80] oder um eine sittliche Nothwendigkeit, sondern um eine ökonomische Zweckmäßigkeits- oder allenfalls polizeiliche Präventivmaßregel, kurz, wie treffend bemerkt ist, nicht um Justiz, sondern Verwaltung.[81] Da durften denn auch „Utilitarismus" und „Manchesterthum" beanspruchen, gehört zu werden. Wenn und weil aber jene „Zinstaxen" sich eben nicht als „zweckmäßig" erwiesen,[82] da sie das ökonomische Ziel der Herabdrückung des Zinsfußes so wenig erreichten,[83] wie das rechtspolitische der Verhütung wucherischer Ausbeutung, so mußte dies System, so oft und so lange es auch in der Geschichte auftritt, immer wieder fallen. — Aus alledem folgt nun aber nur, daß die Höhe der bedungenen Zinsen an sich einen Vertrag noch nicht zum pactum turpe stempelt, nicht aber, daß ein derartiger Vertrag nicht im concreten Falle ein Moment in dem Thatbestande einer unsittlichen Handlung bilden könne, oder daß das Recht, wo dies zutrifft, dagegen gleichgiltig bleiben solle und dürfe.[84] Das verzinsliche Darlehen ist ein Rechtsinstitut; damit ist aber nicht gesagt, daß wer dies Institut mißbraucht, straflos sein müsse — so wenig, wie der Mörder sich darauf berufen kann, daß die Mordwaffe sein Eigenthum sei. Wenn dem gegenüber das „Naturrecht" auf die Vertragsfreiheit,[85] der moderne Liberalismus auf die Theorie der freien Preisbildung[86] pochte, so überschritten sie die Grenzen ihres Gebietes. Die Gesetzgebung[87] aber, welche aus den Argumenten für die Abschaffung der „Zinstaxen" den Schluß zog, daß auch keinerlei Schranke für den Mißbrauch der Vertragsfreiheit gezogen werden dürfe, „schüttete das Kind mit dem Bade aus",[88] ja, sie vergaß ihren Beruf, indem sie den Richter zwang, solchem Mißbrauch seinen Arm zu leihen.[89] Deshalb

---

[80] Vgl. Rizy S. 17, Chorinsky S. 11, 15 f., 43. Daß übrigens die Zinstaxe auch nicht ohne Bedenken vom moralischen Standpunkte ist, hat schon Bentham l. c. S. 37 f. betont, ferner Glaser in der Rede bei Kaserer XXVIII S. 85 f., Goldschmidt S. 239 f., Schwarze S. V. Vgl. auch Chorinsky S. 28, 47.

[81] Pfaff-Hofmann l. c. S. 177; vgl. Knies l. c. 1 S. 352 f.

[82] Konnte doch unter der Herrschaft dieses Systemes schließlich eine „Preisfrage" nöthig scheinen: „Was ist Wucher?"; vgl. Zeiller Beiträge II S. 172 ff., Rizy S. 106 ff.

[83] Der Staat selbst mußte für seine Anlehen höhere Zinsen zahlen und so das Privileg der Bewucherung für sich in Anspruch nehmen; s. Glaser G. Z. 1867 S. 1.

[84] Die Frage, ob durch Gesetze gegen solche Geschäfte der Wucher „ausgerottet" (s. Wuch. Pat. v. 1803) werden könne, ist von diesem Standpunkte gar nicht aufzuwerfen; vgl. Rizy S. 225 ff., während Stein S. 195 f. merkwürdigerweise darauf noch Gewicht legt.

[85] S. schon Hugo Grotius II, cap. 12 § 20.

[86] Eine der ersten Stimmen dieses Systems in Österreich ist die von Kudler „Über Gesetze, welche die Zinsenforderung im Privatverkehre beschränken" (1851); völlig auf diesem Boden stehen Jaques, s. bes. S. 93 f., und Braun u. Wirth d. Zins-Wucher-Gesetze (1856). Weit besonnener war schon das Gutachten Goldschmidt's (vgl. aber oben N. 69).

[87] S. die Zusammenstellung der Gesetze aus dieser Ära bei Jaques S. 39 ff. und Randa Lehre v. d. Zinsen S. 3 f.

[88] Pfaff-Hofmann l. c. S. 177 f.; vgl. Platter l. c. S. 48, auch Leonhard Roms Vergangenheit u. Deutschlands Recht S. 184 f.

[89] Daher in jener Periode moralisch

war die Periode der absoluten Zinsenfreiheit stets von kurzer Dauer. — Von diesem Standpunkte ergibt sich nun für die Wuchergesetzgebung die schwere Frage, wann und wie das Recht gegen den in concreto unsittlichen Gebrauch von Rechtsinstituten einzuschreiten berufen ist. Was den ersten Theil der Frage betrifft, so sind, so weit ich sehe, nur zwei Principien von durchschlagender Bedeutung: das eine, dass Gebrauch des eigenen Rechts nicht den Eingriff in fremdes Recht entschuldigt[90] — davon kann im Falle des Wuchers nicht die Rede sein, da der Bewucherte zu dem Geschäfte seine Einwilligung gibt; das andere, dass auch die Verletzung fremder Interessen verantwortlich macht, wo sie mit unsittlichen Mitteln herbeigeführt,[91] wo insbesondere zu einem Rechtsgeschäfte nicht bloß unlautere Motive, sondern auch unlautere Wege führen.[92] Zu den Fällen, in welchen dies am klarsten hervortritt, gehören bekanntlich Betrug und Erpressung. In allernächster Nähe beider steht der Wucher[93] — freilich nicht, wenn man ihn in der bloßen Überschreitung eines bestimmten Procentsatzes sucht, auch nicht, wenn man schon die Ausbedingung einer hohen „Gefahrprämie" bei Gewährung von Credit an einen geistig oder wirtschaftlich schwachen Schuldner so nennt,[94] wohl aber, wenn man dabei an die Fälle denkt, in welchen der Creditgeber die „Nothlage" oder die „Gemüthsaufregung" des Creditsuchenden selbst schafft, oder doch seine Creditnoth ihm psychologisch derart nahezubringen weiß, dass er jede Geschäftsbedingung acceptiert.[95] Das ist die „Ausbeutung", die nicht nur „unwirtschaftlich" auf Seite des Schuldners ist, sondern auch sittlich verdammenswert auf Seite des Gläubigers.[96]

---

gute, juristisch verfehlte Erkenntnisse nicht selten vorkommen, wie Slg. 8062, R. C. H. G. XXI S. 72 f. (s. oben N. 69); vgl. Chorinsky S. 93

[90] Vgl. nur Windscheid I S. 566 f. N. 6, Unger in Grünhut's Ztschr. XIII S. 721 ff., Bekker P. I S. 69 f.

[91] Viel weiter könnte freilich das Princip des „quecksilberartigen" § 705 D. Entw. führen, welcher jede „illoyale" Handlung zur „widerrechtlichen" stempelt. Diesbezüglich kann hier nur auf Gierke D. Entw. eines bgl. Gb. S. 262 ff. und die das. S. 266 N. 1 Citierten verwiesen werden.

[92] Vgl. oben N. 77.

[93] Die Verwandtschaft mit jenen Delicten ist oft betont (vgl. Pfaff-Hofmann l. c. S. 178, Stein S. 153 ff., Jhering Zweck I S. 145, Motive bei Kaserer XXXIII S. 26 f., 219), mitunter auch übertrieben worden; s. dagegen Kohler l. c. S. 26 f., Schwarze S. 22 f.

[94] In der That scheint mir die Ausdehnung des „modernen Wucherbegriffs" auf die Benützung des „Leichtsinnes" und der „Unerfahrenheit" (§ 1 W. G.) der bedenkliche Punkt in der heutigen Gesetzgebung (vgl. auch Maitisch S. 403, Goldschmidt S. 271). Unvermerkt tritt hier an die Stelle des tief begründeten ethischen Gedankens wieder der alte utilitarische: statt Schutz des Creditnehmers gegen fremde Arglist, Schutz gegen die eigene Thorheit. (Sehr deutlich kommt dies im Deutsch. W. G. zum Ausdrucke durch die Anreihung des Wuchers an die Delicte der §§ 301, 302 Reichs-Str.-G.; vgl. Schwarze S. 23.) Das beste Argument für die Rechtsnorm füglich bei Schwarze S. 47 N. 2. Zu weit geht nach der anderen Seite auch hier Jaques S. 20 ff.

[95] Vgl. Platter l. c. S. 21 ff., 27; Glaser bei Kaserer XXVIII S. 86 f., Schwarze S. 6, 43, 50 ff., Zuns l. c. S. 6, 17, 21. Eine förmliche Pathologie derartiger Vorgänge bei Stein S. 66 ff.

[96] Vgl. Rizy S. 23 f., 26, 237, Chorinsky S. 104, 109 f., Kohler l. c. S. 24 ff. Stein S. 46, 52, 95,

Anlangend den zweiten Theil obiger Frage, kann allerdings das Recht in seiner Allmacht auch unter dem zuletzt verfochtenen Gesichtspunkte eine feste Zinstaxe statuieren,[97] unterhalb welcher sicher von „Ausbeutung" nicht die Rede sein kann. Allein dann trifft es nothwendig mit den wucherischen eine Unzahl von redlichen Creditgeschäften und bricht seiner Norm selbst die ethische Spitze ab. Deshalb ist es als Fortschritt zu begrüßen, dass die neuesten Gesetze auf diesem Gebiete alles auf die richterliche Prüfung des einzelnen Falles abstellen,[98] mag auch infolgedessen die Formel ihrer Paragraphen noch mangelhaft sein.[99] Eben deshalb ist es auch naturgemäß, darüber in erster Linie das Strafgericht sprechen zu lassen,[100] und aus dessen Verdammungsurtheil erst die civilrechtliche Consequenz zu ziehen. Als solche aber kann ein Gesetz, welches nicht, wie die alten Wuchergesetze, einen Normalzinsfuß erzwingen, sondern nur das unredliche Geschäft verfolgen will, nicht etwa eine „Reducierung" der bedungenen Zinsen auf ein billiges Maß aussprechen,

---

129 ff. betont vortrefflich obigen Gegensatz, lässt sich dadurch aber nicht abhalten, einer Zinstaxe das Wort zu reden, s. unten N. 97.

97 Sowie das Gesetz für entgeltliche Verträge der Ausbeutung durch Fixierung der „laesio enormis" vorbeugen will (vgl. Stein S. 99 f.) — eine Analogie, die freilich lehrt, wie unpraktisch dieser Weg ist; vgl. Hinschius l. c. S. 61 f., Jaques S. 82 f. N. 1, Braun u. Wirth l. c. S. 133 ff., aber auch wieder Hartmann Arch. f. civ. Prax. LXXIII S. 355 f. — Am originellsten unter den Neueren (s. oben N. 79) begründet Stein S. 97 ff. jetzt die civilrechtliche Ungiltigkeit der eine bestimmte Grenze übersteigenden Zinsenberedung. Begründet sei eine je nach Umständen beliebig hohe Gefahrprämie. Ohne der Vertragsfreiheit in diesem Punkte nahezutreten, könne und müsse aber das Gesetz normieren, dass die in diesem Sinne bedungenen Zinsen, soweit sie ein Maximum von 12% übersteigen, „von dem Tage an als Abzahlung der Schuld gerechnet werden, an welchem durch diesen Mehrbetrag" die Capitalschuld getilgt erscheint, „weil die Berechtigung zum absolut freien Zinsfuß in der Gefahr des Capitals lag, diese Gefahr selbst aber mit der effectiven Rückzahlung aufgehoben ist". Nach dieser ratio müssten bei Unfallversicherungen, wenn die Versicherungsperiode ohne Unglück verstrichen ist, die Prämien zurückerstattet werden!

98 „Wenn es auch unmöglich ist, all' die mannigfaltigen Verhältnisse ... vorher zu übersehen und unter was immer für eine Formel zu bringen, so ist es gewiss nicht unmöglich angesichts eines bestimmten bereits abgeschlossenen Geschäfts ... auszusprechen", dass es den Charakter eines wucherischen habe: Reg. Mot. bei Kuserer XXXIII S. 27 f.; vgl. Chorinsky S. 113 f. Dass die Erklärung solcher Geschäfte als ipso jure nichtig nicht entsprechend wäre, s. auch Kohler l. c. S. 16 ff.

99 Vgl. Braun u. Wirth l. c. S. 161. Gegen die Begriffsbestimmung des § 1 W. G. resp. seiner Vorbilder (§ 3 Vdg. v. 14. Dec. 1866, Badisches Ges. v. 1809) s. auch Glaser G. Z. 1867 S. 2, 6 f., Jaques S. 33, 50, Geller l. c. S. 5; vgl. Freudenstein S. 69 ff., anderseits Schwarze S. 26 ff., Zuns l. c. S. 44, welcher mit Recht das (deutsche) W. G. von 1880 „zu den segensreichsten" zählt.

100 Vgl. Glaser bei Kaserer XXVIII S. 87, Reg. Mot. (Kaserer XXXIII S. 24 f.). Nicht zutreffend ist es deshalb, wenn in den Discussionen über die Wucherfrage die civilrechtliche Ungiltigkeit des Wuchergeschäfts als das Minus, die strafgerichtliche Verfolgung als das Plus hingestellt wird, s. z. B. die Auffassung der obersten Justizstelle bei Rizy S. 103 f., Braun u. Wirth l. c. S. 233, aber auch Chorinsky S. 4 f., Stein S. 50, 132, Fr. Endemann l. c. S. 111 f.

sondern nur die völlige Annullierung des Vertrages. So wie dieser gewollt ist, darf er nicht gelten, anders aber ist er nicht gewollt.

Zusatz 2. Die Lehre von der **Ungiltigkeit**[101] obligatorischer Rechtsgeschäfte ist seit Savigny,[102] Wächter,[103] Unger[104] viel behandelt und auch in manchem Punkte berichtigt worden, allein ob sie an Klarheit gewonnen habe, möchte zu bezweifeln sein. Liest man die betreffenden Paragraphen etwa bei Wächter oder Unger, so findet man unstreitig scharfe Begriffe: absolute, relative Nichtigkeit, Anfechtbarkeit — die beiden ersten von letzterer durch das Merkmal der Wirkung „ex tunc", die beiden letzten von ersterer durch die Abhängigkeit von dem Willen einer Partei leicht zu unterscheiden. Mit Recht trugen allerdings Neuere Bedenken gegen jene Lehre, namentlich gegen die These, dass jede Anfechtung nur „ex nunc" wirken könne.[105] Aber auch die jetzt herrschende Theorie geht noch davon aus, dass es sich um logisch feststehende Begriffe und Deduction ihrer Consequenzen handle. So gelangt sie zu einer Reihe der subtilsten Unterscheidungen, die aber praktisch keinen Gewinn, ja oft nicht einmal dialektische Befriedigung gewähren.[106] Für den Zweck

[101] „Ungiltigkeit" als Gattungsbegriff in dem oben N. 63 angegebenen herrschenden Sinne, als dessen Unterarten alle Fälle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit erscheinen. S. z. B. Windscheid I S. 245 f., Unger II S. 141, Fr. Endemann l. c. S. 5, Hasenöhrl § 55, Gradenwitz Ungiltigkeit oblig. Rechtsgesch. S. 301 f., Dernburg P. I § 120, D. Entw. §§ 108 ff. Anders Krainz I S. 107 und Wendt § 59, welche Nichtigkeit und Ungiltigkeit als gleichbedeutend gebrauchen. Die Terminologie der österr. Gesetzgebung ist durchaus schwankend; vgl. Krasnopolski Anfechtungsrecht S. 5 ff., Schiffner § 132 N. 5, Hasenöhrl l. c. N. 3; doch ist nicht richtig, dass das a. b. Gb. den Namen „Anfechtung" (s. § 1386), oder gar der Sache nach den Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht kenne, wie Wehli G. H. 1868 S. 384 N. * (vgl. G. H. 1865 Nr. 102) behauptet hat.

[102] Syst. IV § 202 f.

[103] Württ. Pr. R. II § 86.

[104] Syst. II § 91.

[105] Vgl. Windscheid I § 82 N. 7, Mitteis Zur Lehre v. d. Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte, Jhrb. f. Dogm. XXVIII S. 109.

[106] Dies an der weitschichtigen gemeinrechtlichen Literatur nachzuweisen, ist hier nicht der Ort. Bezeichnend für dieselbe sind wohl Windscheid's mühsame Begriffsbestimmungen l. c., mit welchen man zu principiellen „Unterschieden" kommt, welche „praktisch keine sind" (l. c. N. 9), anderseits auf positivrechtliche Verschiedenheiten, die als „Abweichung vom Principe" (l. c. N. 7) geduldet werden! Einfacher ist nun die Darstellung bei Wendt §§ 59–61. Höchst künstlich jetzt wieder Hölder Archiv f. d. civ. Prax. LXXIII S. 106 ff. Aber auch den neuesten eingehenden Untersuchungen bei Mitteis l. c. vermag ich nicht zu folgen. „Wenn man überhaupt schematisieren will" (s. unten S. 157), so ist nicht einzusehen, warum „zwei verschiedene Systeme" — für obligatorische Rechtsgeschäfte und für die übrigen — (Mitteis S. 89) gelten sollen; denn dass der Begriff der Anfechtbarkeit bei Obligationen unanwendbar sei, weil hier jede Aufhebung „ex tunc" wirke, und weil ein „Anfichbestehen" einer Obligatio bis zur Anfechtung undenkbar sei (Mitteis S. 90 f., 132 f.), muss bestritten werden. Das würde consequent dahin führen, jede resolutiv bedingte Obligation zu leugnen (so in der That Gradenwitz l. c. S. 322), während „revocable" Gebundenheit im Rechtsverkehre nicht unerhört ist (vgl. Bekker P. I S. 119 f.), und nicht ohne praktische Consequenzen — s. solche bei Thon Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 44 f.; vgl. Fr. Endemann l. c. S. 96. Auch der Gegensatz zwischen relativer und abso-

dieser Zeilen genügt es, auf einige einzelne Punkte hinzuweisen. — 1. Der, unstreitig bestehende, Gegensatz zwischen „ex tunc“ und „ex nunc“ wirkender Ungiltigkeit wird noch immer vielfach identificiert mit dem Gegensatze dinglicher und obligatorischer Wirkung[107] der Aufhebung eines Geschäfts. Nun kann man die Ungiltigkeit obligatorischer oder die Ungiltigkeit dinglicher Rechtsacte ins Auge fassen — etwa eines Kaufvertrags oder der Tradition der Ware — und für jede der beiden die Frage aufwerfen, ob sie ex tunc oder ex nunc ungiltig seien;[108] aber ein doppeltes sollte nicht übersehen werden: Einmal, dass die sogenannte Aufhebung der dinglichen Wirkung „ex nunc“ — etwa Rückforderung der tradierten Sache mittelst condictio indebiti — überhaupt nicht Aufhebung des dinglichen Rechtsgeschäfts[109] (der Tradition) genannt werden kann, dessen Rechtswirkung eben eingetreten ist und nun durch neues dingliches Rechtsgeschäft wirtschaftlich beseitigt wird;[110] sodann, dass aus der Nullität des obligatorischen Geschäftes „ex tunc“ sich gar kein allgemein giltiger Schluss ziehen lässt auf die Nullität oder auch nur indirecte Rückgängigmachung der auf Grund jenes vorgenommenen dinglichen Geschäfte.[111] — 2. Man handelt von „entschiedener“ und „unentschiedener“ Nullität, gewiss mit Recht. Es gibt Rechtsnormen, welche Bestand oder Nichtbestand eines Geschäfts von einem künftigen, noch ungewissen Umstande abhängig machen. Allein ein Fehler ist es, dabei als den „entscheidenden“ Umstand sofort nur den Willen einer bestimmten Person, insbesondere einer betheiligten Partei zu denken, so dass jener Gegensatz übergeht in den der absoluten und relativen Nullität,

---

luter Ungiltigkeit (Mitteis S. 140 ff.) ist im Gebiet des Obligationenrechts vorhanden, wie ja im Grunde Mitteis selbst zugibt, wenngleich die praktischen Consequenzen der Anfechtung hier häufig anders verlaufen als bei Sachenrechten. (Nur auf letzteres weist Strohal Jahrb. f. Dogm. XXVII S. 415 f. hin, auf welchen sich Mitteis in Grünhut's Ztschr. XVI S. 644 beruft.) — Von den neueren Schriftstellern des österreichischen Rechts steht Krainz I §§ 129, 130 im wesentlichen auf dem Standpunkte Unger's; Schiffner § 132 fügt zu den üblichen Unterscheidungen gar noch die von „relativer und absoluter Anfechtbarkeit“ hinzu; größere Klarheit bringt aber auch Burckhard I S. 432 ff. nicht in die Lehre, so wenig wie Hasenöhrl I § 55. Letzterer construiert einen Begriff der relativen Nullität, der ja an sich möglich, aber nicht der des österr. Rechts ist, welches die Fälle des Irrthums z. B. (§ 871) gewiss nicht als suspensiv bedingt behandelt. Nennt man aber hinwiederum derartige Fälle Fälle der „Anfechtbarkeit“ (so Hasenöhrl I S. 538 f., 567), so kann diese Anfechtung offenbar nicht eine „ex nunc“ wirkende sein, wie sie es nach Hasenöhrl S. 640 sein müsste.

[107] S. z. B. Krainz § 130 N. 6 u. 9, Burckhard I S. 439, 441 f.

[108] Vgl. oben N. 106.

[109] Dasselbe gilt vom obligatorischen Geschäfte, wenngleich hier der Unterschied nicht so greifbar ist; s. oben N. 106.

[110] Treffend schon Brinz P. 1. Aufl. II S. 1635, 1645 f.; vgl. Karlowa d. Rechtsgeschäft S. 159 f., Gradenwitz l. c. S. 325; soweit hat auch Schloßmann Z. Lehre v. Zwange S. 10, 20 f. recht, so sehr er sonst über das Ziel schießt.

[111] Man kann doch wohl nicht mit Wächter Pand. I S. 425 die dingliche Erfüllung als „Theil“ der obligatorischen Geschäftswirkung bezeichnen. Weit besser charakterisiert das Verhältnis Exner Hypothekenr. S. 93.

oder der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.[112] In Wahrheit können die verschiedenartigsten, positiven oder negativen, Umstände als gesetzliche Bedingungen der Nullität erscheinen[113] — vgl. z. B. § 241 C. O.[114] Dabei mag das Recht die Ungewissheit in zweierlei Art behandeln: als suspensiv bedingte Giltigkeit des Geschäfts, das dann also bis zum Eintritte der Bedingung noch kraftlos erscheint, oder als resolutiv bedingte, wobei das Geschäft vorläufig als vollwirksam gilt.[115] Ob man dann nur den Eintritt der Bedingung im ersten Falle, oder ob man auch im zweiten Falle den Wegfall derselben als „Convalescenz" bezeichnen will, ist füglich eine Namensfrage; gewiss aber, wenn man sich einmal klar darüber ist, dass die gesetzliche Bedingung nicht immer eine Parteierklärung sein muss, dass die Möglichkeit der Convalescenz nichts zu thun hat mit der Unterscheidung absoluter und relativer Nullität.[116] — 3. Im Zusammenhange mit der ad 2 gerügten, zu engen, Auffassung der bedingten Nullität steht auch folgendes. Wo ein Gesetz die Annullierung eines Geschäfts durch Richterspruch fordert, ohne anderseits dessen Ungiltigkeit von dem Willen einer Partei (Anfechtung) abhängig zu machen, da soll dies Urtheil nur declaratorische Bedeutung haben können.[117] Man sollte meinen, die Frage, wie es also mit dem betreffenden Rechtsverhältnisse bis zum Erfließen des Nichtigkeitsurtheiles stehe, müsste längst zur richtigen Einsicht geführt haben. Am deutlichsten bei der Ehe. Auch die wegen eines impedimentum publicum „absolut nichtige" Ehe bedarf der richterlichen Aufhebung; kann man dieser in der That noch lediglich declaratorische Bedeutung beilegen angesichts der Vorschrift § 93 a. b. Gb., wonach den Ehegatten bis dahin „keineswegs gestattet ist, die eheliche Verbindung aufzuheben?"[118] Ist dies nicht vielmehr eine greifbare Wirkung des Bestandes der Ehe bis zu ihrer

---

[112] Am auffallendsten Hasenöhrl I S. 637 f.; vgl. auch Leonhard Irrthum II S. 314 f.

[113] In diesem Punkte besser Burckhard S. 434 ff. Auf solche, nicht gerade durch den Willen einer Partei bedingte, Ungiltigkeit passt denn auch Endemann's l. c. S. 96 f.) „dispositives Verbot" nicht.

[114] Wird nach abgeschlossenem Zwangsausgleiche der Gemeinschuldner wegen Betruges verurtheilt, „so tritt die Nichtigkeit des Ausgleiches kraft des Gesetzes ein"; andere Fälle s. bei Krainz I S. 108.

[115] Im Sinne der einen oder der anderen Alternative muss der Schwebezustand vorläufig geordnet sein, ein Mittelding zwischen Giltigkeit und Ungiltigkeit lässt sich nicht denken (dies gegen Schiffner l. c. S. 98 N. 11; s. aber auch Enneccerus Rechtsgesch., Befristung I S. 236 f.): ebensowenig aber gleichzeitig suspensive und resolutive Bedingtheit, wie sie Burckhard S. 437, und in anderer Art Hölder l. c. S. 108 f. annimmt.

[116] Man braucht daher nicht gewisse Fälle der Convalescenz absolut nichtiger Geschäfte als Begriffswidrigkeit des positiven Rechts hinzustellen; so Unger II S. 155 f., Windscheid I S. 257, Schiffner l. c. S. 100 N. 20. Dass in dieser Beziehung § 108 D. Entw. bedenklich, s. bei Hölder l. c. S. 109, Ludw. Goldschmidt Krit. Erörter. I S. 64 f.

[117] So Unger S. 147 ff., Windscheid S. 249 N. 6, Schiffner S. 95 N. 4, Burckhard S. 440 f. u. a.

[118] Bedenklich ist diesem Wortlaut gegenüber die Auffassung bei Anders Familienr. S. 48.

Umstoßung durch den Richterspruch und ein deutlicher Beweis der constitutiven Wirkung des letzteren?[119] — 4. Nicht gehörig geschieden wird endlich die Frage der bedingten oder unbedingten, der absoluten oder relativen Ungiltigkeit von der Frage, ob der Richter (oder etwa eine andere Behörde) die Ungiltigkeit von Amtswegen oder nur auf Antrag auszusprechen habe. Allerdings, wo die „Entscheidung" über Giltigkeit oder Ungiltigkeit in den Willen einer Partei gelegt ist, wird der Richter stets deren Antrag, — sei es in Form einer Klage, sei es einer Einrede, abzuwarten haben,[120] aber nicht überall ist es der Antrag eines der Contrahenten, den der Richter zu berücksichtigen hat,[121] und nicht überall, wo er von Amtswegen vorzugehen hat, liegt unbedingte Nullität vor.[122] — Aus alledem lässt sich wohl die Lehre ziehen, welche in neuester Zeit schon ausgesprochen,[123] aber zu wenig beherzigt ist, dass es in der Ungiltigkeitslehre nicht darauf ankomme, logische Kategorieen mit dem Anspruch auf allgemeine Anwendbarkeit festzustellen, sondern an der Hand der einschlägigen Rechtsnormen für jeden concreten Fall gewisse Fragen zu beantworten. Diese Fragen aber dürften im wesentlichen dahin gehen: a) Ist directe Negierung der Wirkungen eines Geschäftes oder Beseitigung derselben durch ökonomische Ausgleichung[124] statuiert? — b) Sollen sämmtliche (gewollte) Wirkungen des Ge-

---

[119] Dass das österreichische a. b. Gb. in der Marg.-Rubr. zu § 94 der herrschenden Doctrin von der bloß „scheinbaren Aufhebung" der an sich ungiltigen Ehe Ausdruck gibt (Unger S. 149 N. 37, Anders l. c.), ändert nichts an der Thatsache, dass das Nullitätsurtheil hier (ex tunc resolvierende) gesetzliche Bedingung der Nullität ist; dies anerkennt nunmehr Wendt S. 166, Fr. Endemann l. c. S. 101. Deutlich kommt dies zum Ausdruck in §§ 1252, 1257 D. Entw. trotz der Theorie von der declaratorischen Natur der Nullitätsklage, welche die D. Mot. I S. 217 und IV S. 56 vortragen (vgl. dazu Bekker Syst. u. Sprache d. Entw. S. 43 f. und Fischer Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 324 ff.). Merkwürdig, dass Rittner Eherecht, welcher S. 246 f. vortrefflich die allgemeinen Grundlagen der Ungiltigkeitslehre andeutet, dann im § 34 und § 35 doch wieder in den oben bei N. 112 gerügten Fehler verfällt, als bedingte Ungiltigkeit nur die vom Willen einer Partei abhängige zu denken (so wie der Aufsatz G. Z. 1855 Nr. 58). In letzterem Falle wäre es übrigens gewiss auch für unser Recht am Platze, von „Anfechtbarkeit" zu sprechen (Rittner S. 273, 275 gebraucht unwillkürlich den Ausdruck), sowie D. Entw. §§ 1259 f., ebenso auch, wo bestimmte dritte Personen die Ungiltigkeit geltend zu machen befugt sind (Hfdcr. v. 27. Juni 1837, Rittner S. 256) oder etwa der Staatsanwalt (s. Rittner S. 253 N. 4); vgl. oben N. 67.

[120] Dass dies, trotz Schloßmann l. c. S. 25 (ähnlich Wehli G. H. 1865 S. 514) bei absoluter Nullität anders ist, s. Dernburg P. I S. 275 N. 4, Thon l. c. S. 41 f. Was die sog. relative Nullität betrifft, so hat allerdings Mitteis l. c. S. 112 recht.

[121] Vgl. das oben S. 141 ff. für das Wuchergeschäft Ausgeführte. Schon deshalb reicht die Kategorie der „exceptionsmäßigen" Forderung statt der „anfechtbaren" (Mitteis l. c. S. 131 ff.) nicht aus.

[122] So etwa bei (absolut) nichtiger Ehe; s. oben N. 119.

[123] Besonders von Gradenwitz l. c. S. 5.

[124] Diesen Gegensatz zwischen „Rescission" und „Revocation" hat Brinz l. c. S. 1635 scharf hervorgehoben; vgl. auch Karlowa l. c. S. 159, Mitteis l. c. S. 90; Wendt S. 164 f. nennt das nun „eigentliche und uneigentliche" Anfechtung.

schäftes beseitigt sein oder nur gewisse und welche? Insbesondere: Bleiben etwa die bis zu einem bestimmten Zeitpunkte schon eingetretenen Wirkungen bestehen (Aufhebung ex nunc); ferner, bleiben die für oder gegen gewisse Personen eintretenden Wirkungen in Kraft?[125] — c) Ist entschiedene (unbedingte) oder unentschiedene (bedingte) Nullität ausgesprochen? Dabei ist weiter festzustellen, ob der Schwebezustand im Sinne der suspensiv bedingten Giltigkeit, oder der resolutiv bedingten Giltigkeit normiert erscheint.[126] — d) Bei bedingter Nullität: Welches sind die entscheidenden Thatsachen? Insbesondere, entscheidet der Wille einer bestimmten Person, oder ein Richterspruch, oder beides zusammen[127] oder ein anderer Umstand?[128] Möglicherweise kommen dabei negative Bedingungen der Nullität zum Vorschein, deren Deficienz dann als Convalescenz des Geschäftes sich darstellt.[129] — e) Ist die Willenserklärung einer Person als entscheidend erkannt, so entsteht endlich die weitere Frage, wer diese Person ist,[130] in welcher Form sie sich zu äußern hat, möglicherweise, binnen welcher Frist, um die Nullität zu bewirken. — Ich glaube, sind im einzelnen Falle (so wie es im Texte für das Wuchergeschäft versucht ist) diese Fragen beantwortet, so kann dann höchstens noch über den Namen gestritten werden, woran weniger gelegen ist. Wichtiger ist es, stets im Auge zu behalten, dass es keine Schablonen für die einzelnen Fälle gibt, dass vielmehr (wie gerade das W. G. zeigt) die verschiedenartigsten Combinationen obiger Fragen zu der größten Abwechselung in der Gestaltung der „Ungiltigkeit" führen.

---

[125] Vgl. Wendt S. 159 f. Anfechtbarkeit oder relative Nullität sind aber nicht „partielle Ungiltigkeit", wie Hölder l. c. S. 107 und Wendt S. 159. wollen, da hier alle Geschäftswirkungen bedingt sind.

[126] Vgl. Gradenwitz l. c. S. 319 ff.

[127] Nicht jede Anfechtung i. w. S. braucht durch Klage geltend gemacht zu werden, aber auch nicht jede wirkt schon durch bloße Erklärung, wie D. Entw. § 113 ausspricht, obgleich er selbst Ausnahmen anerkennt, s. Mot. I S. 221.

[128] Vgl. oben N. 114.

[129] S. § 7 W. G. oben S. 145.

[130] Der Name „Anfechtbarkeit" paßt nicht nur auf die Fälle, wo einer der Contrahenten diese Person ist, sondern überall, wo dies nur bestimmte Personen sind; vgl. Endemann l. c. S. 94 und die Citt. N. 2, s. auch oben N. 67 und N. 119. Fälle „populärer" Anfechtungsklagen bei Schloßmann l. c. S. 22, Mitteis l. c. S. 109, 115.

VI.

Der Darlehensschuldschein.

§ 20.

Joh. Hofmann S. 5 ff.; Kleinwächter Beitr. z. Lehre v. Urkundenbeweise, Ztschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1840 Bd. I S. 38 ff.; Larcher Über Rechtsurkunden mit fingiertem Rechtstitel, J. Bl. 1883 Nr. 3. — Huschke S. 91—148; Ludwig Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 33 ff.; Bähr Anerkennung (2. Aufl.) §§ 58 ff. — Arndts § 281; Windscheid § 372.

1. Der Beweis des Darlehens kann auf beliebige Art geführt werden.[1] Sehr gewöhnlich dient diesem Zwecke ein bei oder nach (§ 1379) Abschluss des Vertrages ausgefertigter Schuldschein (§ 1001, § 1428), „Schuldbrief" (§ 229), d. i. ein schriftliches Bekenntnis des Schuldners über den Empfang des Darlehens.[2]

Die Ausstellung eines Schuldscheines in diesem Sinne ist wohl zu scheiden von der schriftlichen Abschließung des Darlehensvertrages. Ersterer ist eine Beweisurkunde, die in letzterem Falle aufgenommene eine Dispositivurkunde,[3] erstere ein Mittel zur Darthuung des anderweitig (bes. mündlich) vollzogenen Vertragsschlusses, in dessen Ermangelung dieser Vertragsschluss immerhin bestehen und auf anderem Wege erwiesen werden mag, letzteres die, gewillkürte oder gesetzliche, Form des Vertragswillens selbst, ohne welche der Vertrag eben nicht existiert. Dabei ist jedoch zu beachten:

a) Ist die Aufnahme einer Urkunde über das Darlehen im vorhinein verabredet, so muss dies im Zweifel als Bedingung der Perfection des Geschäfts, die Urkunde also als Dispositivurkunde

---

[1] Huschke S. 91. Das gilt auch, wo zur Giltigkeit des Vertragsschlusses die Schriftlichkeit erforderlich ist (oben S. 88), nur dass hier (bei Verlust der Urkunde) eben auch Bestand und Inhalt der Schrift nachzuweisen ist. Vgl. dazu Ullmann Österr. Civilproc. S. 282.

[2] Windscheid II S. 431.

[3] Über den Gegensatz s. besonders Brunner Z. Rechtsgesch. d. röm. u. germ. Urkunde S. 60 ff., 211 ff., Canstein Lehrbuch d. österr. Civilpr. II S. 353 ff. Klar schon Gai. III, 131. Er ist praktisch bedeutsam schon deshalb, weil nicht jede Vorschrift über die Form des Vertragsschlusses auch die Form des Beweises trifft und umgekehrt, so insbesondere § 884, aber wohl auch § 887 nur für Dispositivurkunden gilt. (Hruza Lehr. v. d. Novat. S. 82, Hasenöhrl I S. 630 f., Slg. 2245, während Stubenrauch II S. 225 § 887 ausdrücklich auch auf Beweisdocumente bezieht, S. 226 aber ihn für unanwendbar auf „Bestätigungen" erklärt!) Ältere Juristen, so auch unsere Codificatoren, vermischen allerdings noch die Beweisurkunde und den schriftlichen Vertragsabschluss; vgl. die Berathungen zu § 1001 bei Ofner II S. 63, 408, Zeiller III S. 263, Vorbereit. z. Gesetzkunde III S. 25; aber auch noch Stubenrauch II S. 346 zu § 1001 sagt: „Ein Darleihensvertrag kann . . . . schriftlich errichtet werden. Ist letzteres der Fall, so wird die darüber ausgestellte Urkunde Schuldschein genannt."

gelten.[4] Anderseits aber folgt aus der Natur des Darlehens als Realcontract:

b) Nur die Willenseinigung, nie aber die Hingabe des Darlehens kann in der Urkunde geschehen.[5] Bezüglich dieses einen zum Zustandekommen des Vertrages wesentlichen Moments (der „res") kann also die Urkunde stets nur Beweismittel sein, Dispositivurkunde nur bezüglich des Consenses.[6] Ferner:

c) Bei dem inneren Zusammenhange beider Momente wird auch der etwaige dispositive Theil der Darlehensurkunde sich naturgemäß mit dem beweisenden nahezu unscheidbar zusammenschließen; die Schulderklärung des Entlehners wird sich als die — bisweilen nicht einmal ausdrücklich ausgesprochene — Consequenz des Bekenntnisses der erhaltenen Valuta darstellen. Trotz ihrer Form als reiner Empfangsbestätigung kann also die Urkunde dispositiver Natur sein.[7]

2. Was die Form des Schuldscheines (als Beweisurkunde) betrifft, so ist zu unterscheiden:

a) Die äußere Form ist die gerichtsordnungsmäßig „zur Beweiskraft nöthige Form einer Schuldurkunde" (§ 1001). Die Schuldverschreibung muss somit vom „Aussteller eigenhändig geschrieben und gefertigt" oder aber (als allographe) „neben der Fertigung des Ausstellers auch von zwei Zeugen[8] mitgefertigt" sein (§ 114 a. G. O., § 182 westgal. G. O.),[9] sonst hat sie keine Beweiskraft.[10] Die Unterschrift des Gläubigers ist nicht erforderlich.[11]

Schuldscheine über Darlehen, welche von einem Ehegatten[12]

---

[4] Hasenöhrl I S. 628, Unger II S. 116; Slg. 4219, 7846.

[5] Natürlich abgesehen von dem Falle der Entstehung des Darlehens durch Novation (oben § 11).

[6] Wo schriftlicher Vertrag bedungen oder erforderlich ist, die Obligation also (§ 884) erst durch die Unterfertigung der Urkunde perfect wird, wird daher der Gläubiger diese stets vorausgehen lassen (sowie in classischer Zeit die stipulatio; vgl. Huschke S. 94, Goldschmidt S. 66). — Im Grunde überflüssige praktische Bedenken bezüglich dieses Verhältnisses bei Winiwarter IV S. 196 ff. N. 1, und G. Z. 1851 Nr. 154.

[7] Insoweit muss Bähr S. 257 f. recht gegeben werden.

[8] Über die Eigenschaften der Zeugen s. § 117 a. G. O. (§§ 182, 186 Wg. G. O.), Hofer v. 23. Juli 1789 J. G. S. 1038; Slg. 3152; Ullmann l. c. S. 293, Canstein l. c. S. 369.

[9] Weitere Vorschriften: §§ 115, 116 a. G. O.

[10] Dies ergibt der letzte Satz des § 1001. Der Vertrag selbst ist deshalb nicht ungiltig. Der Kläger hat also anderweitig den Beweis des Darlehens zu führen. Unnöthig aber für diesen Fall, von einer „privilegierten Einrede" des Schuldners zu sprechen, wie das Pratobevera Material. IV S. 81 thut.

[11] Vgl. die Entscheidungen bei Manz § 1001 N. 2.

[12] Vgl. dazu oben § 12 bei N. 4 u. 5. — Specielle Vorschriften für ge-

dem anderen ausgestellt werden, bedürfen der Form eines Notariatsactes, widrigens sie keinen Beweis machen[13] (§ 1 lit. b Ges. v. 25. Juli 1871 R. G. B. 76).

b) Für die „innere Form"[14] schreibt § 1001 vor: „redliche und[15] deutliche" Angabe des „eigentlichen Darleihers oder Gläubigers", des „eigentlichen Anleihers oder Schuldners", des „Gegenstands und Betrags" der gegebenen Valuta, falls dieselbe in Geld bestand, „der Gattung desselben", dann „aller auf die Zahlung der Hauptschuld sowohl, als auf die etwa zu entrichtenden Zinsen sich beziehenden Bedingungen." Das Wort „Darlehen" braucht in der Urkunde nicht vorzukommen.[16] Bei Außerachtlassung dieser Normen[17] aber verliert richtiger Ansicht nach nicht etwa der ganze Schuldschein jede Beweiskraft,[18] noch auch beschränkt sich diese auf die Bedeutung einer „halben Probe";[19] die Rechtsfolge ist vielmehr nur die, dass dasjenige, wor-

wisse Creditinstitute s. bei Manz II S. 397.

13 Diese Vorschrift ist nicht identisch mit derjenigen über die Form des Darlehens zwischen Ehegatten. Über das Verhältnis beider näheres oben S. 88.

14 Dieser, durch § 1001 nahegelegte, von unseren Commentatoren (Zeiller III S. 265, Nippel VII S. 55) gerne gebrauchte Ausdruck ist nicht sehr gut, aber doch wohl ungefährlich); vgl. Unger II S. 113 N. 2, Pfaff-Hofmann II S. 58.

15 Die Worte „redlich und" standen in der officiellen Gesetzesausgabe von 1811, fehlen aber in der J. G. S. — offenbar aus Versehen; vgl. die Textierung bei Ofner II S. 616.

16 Slg. 2789.

17 Die sich bald von selbst ergeben (so das Fehlen eines obiger Punkte), bald durch Gegenbeweis des Schuldners darzuthun sein wird, so z. B. Unwahrheit des als „gegeben" bezeichneten Betrages.

18 So Nippel l. c. S. 57 f., Schopf Archiv f. Civiljustizpflege II Jhrg. 1838 S. 16 f. Allein, dann wäre das Wort „vollständigen" in § 1001 mehr als überflüssig. Die Entstehungsgeschichte des § (Ofner II S. 563, 616) zeigt aber auch deutlich, dass man jene, im Wg. Gb. III § 260 ausgesprochene Consequenz nicht wollte.

19 So, wie es scheint, Winiwarter IV S. 209. In der That heißt in der Sprache unserer Processgesetze „unvollständig" zunächst der dem Grade nach nicht vollwirksame Beweis (vgl. Pratobevera Mater. II S. 19 f.), vor allem die sog. „erste halbe Probe". Letztere kann aber nur anerkannt werden, wo das Gesetz sie ausdrücklich statuiert (Ullmann l. c. S. 278; anders freilich Spr. R. 94), was im § 1001 nicht der Fall ist. „Unvollständig" ist sodann auch der „weniger als halbe" Beweis durch Indiz. Dass nun eventuell eine nicht beweiskräftige Urkunde, soweit der Indicienbeweis überhaupt zulässig, als solcher beachtet werden kann, bedarf nicht erst der Berücksichtigung im Gesetzestexte. Allerdings, wenn die Verfasser des a. b. Gb. betonten, dass der nicht formgerechte Schuldschein nur nicht „vollen Beweis" mache (Ofner II S. 563), so hatte das für sie (von dem unten bei N. 22 Gesagten abgesehen) eine ganz andere Bedeutung, die es heute für uns nicht mehr haben kann. Ihnen galt es vor allem, dem Wucher vorzubeugen (Ofner II S. 63), sie wollten daher vor allem darauf hinweisen, dass der Gläubiger nur durch Abfassung der Urkunde genau nach den Vorschriften des § 1001 sich „vollständig" gegen den Vorwurf des Wuchers schütze, während andern Falles der „unvollständige" Schein den Verdacht des Wuchers begründe (§ 29 Wuch. Pat. v. 1803). Dies ist vollkommen übersehen in der Argumentation des Aufsatzes in Schopf's Archiv l. c.

über der Schuldschein keine oder keine richtige Angabe enthält, durch ihn eben nicht bewiesen, sondern anderweitig zu beweisen ist.[20] Er liefert also einen „unvollständigen" Beweis, nicht etwa dem Grade, sondern dem Umfange nach.[21] Die Aufnahme dieses, heute höchst trivial klingenden, Satzes in § 1001 cit. erklärt sich damit, daß das a. b. Gb. einerseits ausdrücklich das römische Institut der querela non numeratae pecuniae ablehnen und den Gegenbeweis gegen den Darlehensschuldschein unter die allgemeinen Grundsätze stellen,[22] anderseits betonen wollte, daß nicht etwa — wie es dem Geiste der damaligen Gesetzgebung nicht ferne lag — jeder nicht völlig genaue Schuldschein wegen Verdachtes des Wuchers, gleichsam zur Strafe, von jeder Berücksichtigung durch den Richter ausgeschlossen sei.[23]

c) Der Darlehensschuldschein läßt den Gegenbeweis ohne Beschränkung betreffend die Beweismittel zu, so insbesondere auch den Gegenbeweis durch Haupteid.[24]

In allen ad a bis c erörterten Punkten, also was die Form und deren Einfluß auf die Beweiskraft anbelangt, hat sich demnach
Zusatz auf Grund § 1001 a. b. Gb. und § **114 a. G. O.** (§ 182 Wg. G. O.) keinerlei dem Darlehensschuldschein vor anderen Beweisurkunden eigenthümliche Norm ergeben.[25] Wohl aber führt die Natur des Darlehens als Realvertrag zu besonderen Beweisfragen, auf welche im folgenden § einzugehen ist.

Zusatz. Die Bestimmung des **§ 114 a. G. O.** über die Form allographer Schuldscheine wird von der herrschenden Theorie und Praxis

---

[20] So Zeiller III S. 265, Dernburg Pr. R. II S. 509 N. 31 (vgl. bezüglich analoger Fragen für die Quittung Unger Grünhut's Ztschr. XV S. 538 N. 6). Anderweitigem Beweise des Gläubigers setzt allerdings § 887 gewisse Schranken (vgl. Pr. L. R. I, 11 § 731), doch läßt sich nicht, wie Krainz § 361 N. 18 zu wollen scheint, sagen, daß § 887 jeder solchen weiteren Beweisführung entgegenstehe; vgl. oben N. 3 und unten S. 165. — Durch eine cautio indiscreta ist natürlich für das Darlehen gar nichts bewiesen: Slg. 11407.

[21] Darin liegt die Zulassung des Gegenbeweises; s. oben N. 17.

[22] Vgl. Kirchstetter S. 488.

[23] Vgl. oben N. 19.

[24] Just. Minist. Erl. v. 4. April 1856 Z. 22497 (bei Manz VI, 2 zu § 203 a. G. O.), J. B. Nr. 10 (= Slg. 42), Slg. 6092, 7891, 11290; Diem G. Z. 1856 Nr. 23, Dr. J. Sch. G. H. 1886 Nr. 40, Gruchot XII S. 727. A. M. Ullmann l. c. S. 207. Anders allerdings, wo der Vertragsschluß an gesetzliche Schriftform gebunden ist: vgl. oben S. 88.

[25] Wie das Dr. J. Sch. l. c. und Schuster G. Z. 1855 Nr. 139 bezüglich des Gegenbeweises behauptet, und nach der im Zusatze besprochenen Ansicht bezüglich der Form des § 114 a. G. O. der Fall wäre. Über die praktische Bedeutung vgl. oben S. 29.

als eine singuläre Vorschrift für Darlehens-Urkunden betrachtet.[26] Es ist eine merkwürdige Interpretation des Gesetzes, die sich da seit Jahrzehnten festgesetzt hat. § 114 cit. spricht ganz allgemein von „Schuldverschreibungen" — im Gegensatze nur zu „Privaturkunden", die kein Schuldbekenntnis enthalten, wie etwa Quittungen, Vollmachten u. a. — und erwähnt des Darlehens mit keinem Worte. Daraus aber, dass an einer Stelle des a. b. Gb., welche vom Darlehensvertrage handelt, im § 1001 — noch dazu einer jüngeren Norm als jener § 114 — auf diesen Satz der Processordnung speciell verwiesen wird, soll gefolgert werden, dass auch die hiermit berufene Gesetzesstelle nur das Darlehen betreffe! De lege lata fehlt es der herrschenden Lehre also an jedem Anhaltspunkte. Ihr Irrthum hängt sichtlich zusammen mit der in älterer Zeit verbreiteten Vorstellung, als gäbe es überhaupt für Creditgewährung nur die eine causa des Darlehens, als wären somit „Schuldverschreibung" und „Darlehensschuldschein" identische Begriffe.[27] Auch unseren Codificatoren war dieser Gedanke nur zu geläufig. Deshalb nahm der Codex Theresianus[28] die allgemeinen Normen über „Schuldscheine, Schuldbriefe und Schuldverschreibungen", Wechsel mit inbegriffen, in das Capitel vom Darlehen auf, und noch der hier besprochene § 1001 des a. b. Gb. muss im Sinne seiner Verfasser als die Gesetzesstelle betrachtet werden, durch welche der cautio indiscreta die Geltung abgesprochen wird[29] — als ob es zwischen abstractem Schuldbekenntnis und Darlehensverschreibung kein drittes gäbe. Es verdient jedoch bemerkt zu werden, dass gerade diese Beobachtung nicht dazu hätte führen dürfen, die Vorschrift des § 114 a. G. O. mit Rücksicht auf § 1001 a. b. Gb. einschränkend auszulegen, sondern im Gegentheile, letzteren Paragraphen als über das Gebiet des Darlehens hinausreichend zu erkennen. — Nur eine Consequenz der hier zurückgewiesenen Anschauung ist es, wenn § 114 cit. als auf Urkunden über den Beitritt zu einer Schuld als Bürge und Zahler nicht anwendbar erklärt wird.[30] — Eine ganz andere, von der Frage nach ihrer Beweiskraft im Processe unabhängige, Frage aber ist es, welche Form Voraussetzung der Tabularfähigkeit von Schuldscheinen sei.[31]

---

[26] Pratobevera Mater. IV S. 80 f., Fischer Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1828, Bd. 1 S. 189 ff.; Blaschke ebend. 1844 Bd. 1 S. 53 ff., Füger-Wessely Gerichtl. Verf. (7. Aufl.) I S. 105, Canstein l. c. II S. 359, Ullmann l. c. S. 293. Dagegen mit guten Gründen der Anonymus in Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1843, Bd. 2 S. 38 ff. und neuestens die Entscheidung Slg. 11128.

[27] S. z. B. die Definition bei Winiwarter IV S. 209.

[28] Th. III Cap. 4 § VI.

[29] Vgl. Pratobevera l. c. S. 78. Freilich hat dies wieder zu der Behauptung verleitet, nur bei Schuldscheinen über Darlehen sei Angabe der causa nothwendig, Wessely, Themis N. F. IV S. 43 ff.

[30] So Slg. 7200, 9837, 11374.

[31] In letzterer Richtung (ob auch für erstere, wie Canstein Compend. d. Civilpr. I S. 229 N. 4a?) genügt die Legalisierung der Unterschrift des Ausstellers auf dem allographen Schuldschein, J. B. Nr. 97 (Slg. 5956), vgl. Slg. 5796.

§ 21.

3. Exceptio non numeratae pecuniae. Die gemeinrechtlich sog. exceptio non numeratae pecuniae privilegiata[1] ist in Österreich schon durch das Pat. v. 1. März 1787 J. G. S. 636 abgeschafft. Seither genügt der einfache Widerspruch des Schuldners gegen den Schuldschein nicht, um den Gläubiger zu anderweitigem Beweise des Darlehens zu nöthigen, aber auch das Correlat des römischen Satzes ist damit beseitigt, wonach mit Ablauf einer bestimmten Frist jeder Gegenbeweis des Schuldners gegen den Schein ausgeschlossen war. Das Pat. v. 25. Febr. 1791 J. G. S. 117 schärfte dies noch besonders ein,[2] beide Sätze aber kamen zum Ausdruck in § 1001 a. b. Gb.[3] Für unser heutiges Recht bleibt daher das natürliche Verhältnis:

a) Die Einwendung der nicht erhaltenen Valuta gegen die Klage aus einem Darlehen ist lediglich Leugnung des Klagegrundes; denn die Zuzählung der Valuta ist für den Realcontract (zusammen mit dem Consens) Entstehungsgrund der Obligation, dessen Beweis dem Kläger obliegt.[4] Stützt sich aber die Klage auf einen Darlehensschuldschein, so ist, Formgerechtigkeit desselben vorausgesetzt, dieser Beweis vom Kläger erbracht, und Sache des Beklagten, ihn durch Gegenbeweis zu entkräften[5] — Gegenbeweis, nicht Einrede im technischen Sinne[6] trotz des, in Erinnerung an die Gestaltung des Verhältnisses im classischen Rechte beibehaltenen, Namens „exceptio non numeratae pecuniae". Die viel verbreitete moderne Theorie[7], welche in jedem Schuldbekenntnisse ein abstractes Schuldversprechen,

---

[1] Vgl. über dieselbe namentlich Gneist d. formellen Verträge I. Abth., Salpius Novat. S. 314 ff., Huschke S. 94 ff., Ludw. Goldschmidt „Querella n. num. pec. u. d. Reichsgesetzgeb." Jhrb. f. Dogm. XXIV S. 33 ff.; über deren Bekämpfung und Verdrängung in der gemeinrechtlichen Praxis und Particularrechten Stobbe III S. 293 f., Gruchot XII S. 719 ff., Glück XII S. 168 ff. Goldschmidt l. c. S. 123 ff.

[2] Dessen Inhalt nicht zutreffend wiedergegeben bei Rizy Zinstaxen u. Wuchergef. S. 116 und Chorinsky Wucher S. 20. — Vgl. auch § 183 Wg. G. O.

[3] Krainz II 1 S. 208, Goldschmidt l. c. S. 125. Insoferne ist es nicht ganz correct, heute noch immer das erwähnte Pat. v. 1. März 1787 als gesetzliche Grundlage zu citieren, wie z. B. Stubenrauch II S. 346, Dr. J. Sch. l. c., Gruchot XII S. 724, Slg. 53, 2300.

[4] Dies gilt auch für die Forderung von Zinsen; s. oben S. 133 f. und § 4 N. 2.

[5] Dr. J. Sch. l. c., Slg. 630, 3763; Zeiller III S. 225, 266: Der Empfang der Valuta werde „vermuthet". Über die Mittel des Gegenbeweises s. oben § 20 N. 24.

[6] Vgl. Förster-Eccius II S. 285, und über die Ähnlichkeit beider in diesem Falle Canstein Lehrb. II S. 53 f.

[7] S. aber den folgenden Absatz des Textes.

in der Geltendmachung der nicht erhaltenen Valuta daher eine wahre Einrede (Anfechtung nach den Grundsätzen der condictio sine causa) findet, hat im österreichischen Rechte schon deshalb keinen Boden, weil die allgemeine Giltigkeit der **abstracten Obligation** für das österreichische Recht geleugnet werden muss. Zusatz.

Ein anderes ist es, dass thatsächlich die Darlehenscausa in Schuldscheinen nicht selten eine bloß fingierte ist.[8] Wo dies zutrifft, entscheidet gemäß § 916 das in Wahrheit zugrunde liegende Verhältnis, und der Einwand des nicht zugezählten Darlehens[9] ist daher bedeutungslos. Sollte freilich lediglich ein abstractes Versprechen durch das Darlehen verkleidet sein, so könnte das dem eben Gesagten zufolge schwerlich gelten.[10] Wohl aber erschiene der Anspruch begründet, wenn sich etwa Novation,[11] Anerkennung[12] oder Abrechnung als wirkliche causa der Schuld erweisen sollte. Praktisch wird die Sache folgendermaßen verlaufen:[13] Gegen den auf den Darlehensschuldschein basierten Klagsanspruch führt der Geklagte den Gegenbeweis der nicht empfangenen Valuta; replicando aber thut der Kläger dar, dass eben nicht ein Darlehen, sondern eine andere causa der Verpflichtung zugrunde liegt,[14] etwa Anerkennung[15] einer bestandenen Schuld — eine Berufung auf Simulation in der Urkunde, welche auch gegenüber Notariatsacten zulässig[16] und auch durch § 887 nicht ausgeschlossen[17] ist; dieser Begründung der Klage

---

[8] Larcher l. c. S. 25, Slg. 1010, 1229, 1447. Das Pr. L. R. I, 11 §§ 742, 867 gedenkt des Falles ausdrücklich. S. auch unten N. 11.

[9] Wie Goldschmidt l. c. S. 120 N. 1 mittheilt, nennt Ihering die exc. n. n. pec. geradezu die „Einrede des Scheindarlehens".

[10] Vgl. den Zusatz.

[11] U. zw. „echte" im Gegensatze zur Contrahierung eines wirklichen Darlehens durch „Schuldverwandlung" (oben § 11), wo nicht das „Darlehen", sondern höchstens die „datio", fingiert genannt werden könnte (s. oben § 11 N. 8); vgl. Windscheid II § 354 N. 2, Unger in Grünhut's Ztschr. XV S. 558 N. 11.

[12] Vgl. Regelsberger in Endemann's Hdb. II S. 490, Salpius Nov. u. Deleg. S. 503.

[13] Ich vermag diesen Verlauf nicht so unerträglich zu finden, wie Bähr Krit. Vjschr. XXX S. 359, 385.

[14] Dernburg Pr. R. II S. 509, Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 208 f., Demolombe Traité des contrats Tom. I No. 372, Stubenrauch II S. 347 N. 4. Dass darin keine unzulässige Änderung des Klagegrundes liegt, ist in der Praxis anerkannt, Slg. 1010, 1161, 1255, 1447, 7544; vgl. Hruza Lehre v. d. Novation S. 90 N. 6.

[15] Was aber nicht ohne weiteres in jedem Schuldscheine liegt; vgl. unten S. 170 f. Dass anderseits § 937 nicht entgegensteht, s. Hasenöhrl II S. 290 N. 35.

[16] S. die Erkenntnisse bei Manz § 916 N. 1; vgl. Larcher S. 26.

[17] Slg. 6092 u. Manz § 887 N. 3; vgl. Moltini Jurist XVI S. 213 f., Kitka G. Z. 1856 Nr. 116 f., Larcher S. 28, Hasenöhrl I S. 631.

könnte nun allerdings der Schuldner noch eine wahre Einrede entgegenhalten, die Anfechtung durch condictio sine causa.[18]

b) Wie nun, wenn gegenüber einem Schuldschein (über ein wirkliches Darlehen) der Geklagte behauptet, nicht die ganze Valuta[19] erhalten zu haben? Dass seit § 5 Ges. v. 14. Juni 1868 R. G. B. 62 ein derartiger Einwand ausgeschlossen sei, ist eine irrige Behauptung. Das Darlehen des österreichischen Rechts ist auch heute noch ein Realvertrag. Die Capitalschuld[20] kann also nie größer sein, als der Betrag der wirklich gegebenen Valuta. Erscheint in dem Schuldschein eine kleinere Summe als „gegeben", eine größere als Rückzahlung bedungen, so ist der Überschuss allerdings nur eine Form von Zinsen, die nach § 5 cit. erlaubt ist, ein Einwand daher (von der Einrede des Wuchers abgesehen) nicht möglich. Erscheint aber die ganze Summe schlechthin als „gegebene Valuta", als „Darlehensschuld" oder als „Capitalsschuld", so kann der Schuldner durch den Gegenbeweis, nicht so viel erhalten zu haben,[21] das Klagfundament (insoweit) entkräften,[22] und den Kläger träfe nun (replicando) der Beweis, dass trotz jener Fassung des Scheines die Differenz nicht als Capital, sondern als Zinsenschuld gemeint gewesen sei.[23]

Zusatz. Die Frage nach der Geltung der **abstracten Obligation**[24] taucht so oft in den verschiedensten Zusammenhängen auf, dass es nötig ist, bei Gelegenheit den Standpunkt dieser Blätter ihr gegenüber wenigstens anzudeuten. — 1. Es handelt sich zunächst darum, ob es nach österreichischem Obligationenrechte in der Macht des Parteiwillens steht, nach Belieben[25] abstracte Verträge zu schließen, d. i. Verträge, welche ihren unmittelbaren Zweck (causa) nicht zum Ausdrucke bringen und deshalb eine in ihrer Existenz und Wirkung von dieser causa unabhängige

[18] Vgl. unten S. 170.

[19] Die Behauptung, die Valuta auf andere Art erhalten zu haben, ist nach den Ausführungen oben §§ 10 u. 11 irrelevant, vgl. Slg. 630; ebenso die Einwendung eines der Solidarschuldner, dass er keine Valuta empfangen habe, Slg. 53, 7107.

[20] Vgl. oben § 15, 1.

[21] Allerdings nicht durch die nicht weiter substantiierte Behauptung, „nicht die volle Darlehenssumme" erhalten zu haben, Slg. 4309, 7544.

[22] Mit Unrecht wendet sich daher Hasenöhrl I S. 281 N. 58 gegen die Entscheidungen Slg. 4515, 4516 (bedenklicher Slg. 4518). Richtig Stubenrauch II S. 347 N. 4 und S. 327 N. 1, gegen Kirchstetter zu § 983.

[23] Es ist dasselbe Verhältnis, wie das oben zu a Ausgeführte. Ist die Darlehenscausa überhaupt eine fictive, so verschlägt natürlich auch der Einwand nichts, dass Schuldner weniger empfangen habe.

[24] Literaturangaben bei Windscheid § 318 N. * und Canstein Anerkennung u. Geständnis S. 1 ff.

[25] Denn dass es gewisse Fälle abstracter Obligationen gibt — aus Wechsel, kaufmännischen Verpflichtungsscheinen, Inhaberpapieren — ist auch nach österr. Recht nicht zu bezweifeln; vgl. Dernburg Pr. R. II S. 37.

und strenge Obligation[26] erzeugen. Eine directe Antwort auf diese Frage ertheilt das a. b. Gb. nicht. Die Berufung auf § 861,[27] immerhin das scheinbarste Argument für die Bejahung, genügt doch wohl nicht; denn § 861 gibt den gesetzlichen Begriff des Vertrages an, nicht aber die Erfordernisse seiner Giltigkeit.[28] Aber auch das Schweigen des Gesetzes[29] beweist nicht für die allgemeine Zulässigkeit des abstracten Vertrages. Die „Loslösung" des Geschäftes von seiner causa ist etwas durchaus Künstliches, ein Mittel der juristischen Technik, welches dem Verkehre durch das positive Recht erst gegeben werden muss. Der Lebenszweck, welchem der Vertrag dient — und jeder Vertrag dient einem solchen — ist der Grund seiner Anerkennung im Recht[30] und die Richtschnur für seine rechtliche Normierung. Wenngleich unser heutiges Recht die von ihm sanctionierten Verträge nicht taxativ aufzählt, und jeden Vertrag gelten lässt, der nicht verboten ist; ob nicht etwa letzteres der Fall ist, entscheidet die causa des Vertrages[31] und ebenso, ob diese oder jene Grundsätze auf ihn zur Anwendung zu kommen haben. Der Abschluss eines „abstracten Vertrages" bedeutet daher, dass der rechtlichen Beurtheilung, vor allem dem Richter, die Frage gerade nach demjenigen abgeschnitten wird, wonach grundsätzlich das Ob und Wie der Geltung des Geschäfts zu ermessen ist.[32] Ein Gesetz mag unter gewissen Voraussetzungen[33] dies ausdrücklich gestatten; allein in der Proclamierung der „Vertragsfreiheit", d. h. der Freigebung aller Geschäftszwecke liegt diese Ermäch-

---

[26] Vgl. oben § 15 Zusatz; Schey in Grünhut's Ztschr. IX S. 384 ff. Warum Hruza l. c. S. 68 N. 5 nur von abstracten „Verträgen" reden will, ist nicht einzusehen; vgl. die Fälle in der vorigen Note.

[27] Bei Wessely Themis N. F. IV S. 76 f., Hruza l. c. S. 79; die Berufung auf § 901 ist verfehlt, da diese Stelle nicht von der causa in dem hier interessierenden Sinne spricht, sondern von weiteren subjectiven Absichten oder Motiven. Dagegen auch Strohal in Grünhut's Ztschr. X S. 412 ff. und Krasnopolski Krit. Vjschr. XXV S. 30 ff. Eher ist diese Argumentation am Platze gegenüber der Fassung des § 782 sächs. Gb.; vgl. Grützmann Lehrb. II S. 64 f.

[28] Darauf kommt das Gesetz erst bei § 865 (s. Marg.-Rubr.). Nähme man § 861 wörtlich, wie Hruza, so wären alle Verträge abstracte!

[29] Darauf beruft sich für das preußische Recht Dernburg l. c.

[30] Vgl. oben S. 6 f., Strohal l. c. S. 414. Vom naturrechtlichen Standpunkte aus erscheint allerdings die Kraft des Vertrages als schlechthin in der Willenseinigung gelegen, daher auch der abstracte Vertrag selbstverständlich, vgl. Wessely l. c. S. 48 f., Kleinwächter Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1840 Bd. I S. 39 ff. Auf jenem Standpunkte steht aber im Grunde auch die Argumentation Windscheid's II S. 234 N. 3, Unger's, rechtl. Natur d. Inhaberpapiere S. 68 f. und Bähr's S. 169, dass dem von den „Formen entfesselten Willen keine geringere Kraft beiwohnen" könne als dem an die Form der römischen Stipulation gebundenen. Ähnlich Grünhut Ztschr. III S. 515 ff.

[31] Vgl. oben S. 149 f.

[32] Insoferne ist die (zunächst auf die cautio indiscreta bezügliche) Berufung bei Kleinwächter l. c. S. 55 ff., vgl. auch Canstein l. c. S. 29, 46) auf die Nothwendigkeit gehöriger Substantiierung der Klage allerdings ein Argument und der Widerspruch Hruza's l. c. S. 74 ff. nicht ganz begründet.

[33] Vor allem im Handelsverkehre behufs Schaffung leicht negotiabler Obligationen besteht das Bedürfnis, vgl. Gierke D. Entw. eines bgl. Gb. S. 226.

tigung zur Abstrahierung vom Geschäftszwecke noch nicht.[34] Das Schweigen des a. b. Gb. muss daher im Gegentheil als Ablehnung des abstracten Vertrages gedeutet werden. Dass im Sinne unserer Gesetzgebung überdies gerade § 1001[35] als Ausdruck des Principes betrachtet werden muss, dass die Angabe der causa debendi der Verpflichtungserklärung wesentlich sei, ist bereits oben bemerkt.[36] Gegen jeden Versuch, den abstracten Vertrag in Ermangelung gesetzlicher Anhaltspunkte durch Begriffsdeduction zu retten, sprechen endlich — und dies ist vielleicht das entscheidende[37] — schwere praktische Bedenken. Behauptet man nämlich aus allgemeinen Gründen die Giltigkeit des abstracten Vertrages, so muss man das — lege non distinguente — für jede Form (§ 883), insbesondere auch für das mündliche Versprechen.[38] Da stößt man aber noch augenfälliger als bei schriftlichem Schuldbekenntnisse auf die Frage: war es wirklich der Wille der Parteien, jenes Versprechen von der aus den vorausgegangenen Verhandlungen jedenfalls hervorleuchtenden causa unabhängig zu machen,[39] und waren sie sich der Bedeutung dieser Lostrennung auch bewusst? Nur eine solenne Form der Erklärung bietet in dieser Richtung Sicherheit;[40] eine solche kann aber eben nur ein positives Gesetz statuieren, niemals theoretische Beweisführung. Aus all diesen Gründen thut die herrschende Lehre des österreichischen Rechts gut, dem abstracten Vertrag keine Geltung zuzusprechen,[41] wie dies wohl auch die Ansicht der Spruchpraxis ist, welche freilich zu-

[34] „Privatbeliebung kann keinen formlosen Contract zum Formalcontract erhöhen": Brinz P. II S. 140. Vgl. auch Leonhard Irrthum I S. 248 N. 1, Hesse Wesen u. Arten d. Verträge S. 197 ff.

[35] Vgl. noch unten S. 172 über § 1379.

[36] Oben S. 163, wozu § 20 N. 3 a. E. zu vergleichen. S. auch Kleinwächter l. c. S. 59.

[37] Auch nach der anderen Seite möchte ich den dialektischen Gründen aus der Unfähigkeit des Vertragswillens, sich in seine Elemente zu spalten, z. B. bei Salpius Novat. u. Deleg. S. 505, Karlowa Rechtsgeschäft S. 258 f., nicht allzuviel Gewicht beilegen.

[38] So consequent Hruza l. c. S. 70 f., 81. Praktisch löblich, aber — ohne gesetzlichen Anhaltspunkt — durchaus willkürlich erscheint die Beschränkung auf den schriftlichen Vertrag bei Dernburg Pr. R. II S. 38, man müsste denn mit Demolombe l. c. p. 346 behaupten, ein mündlicher Vertrag könne gar nicht gedacht werden ohne den Ausdruck seiner causa.

[39] Ein Bedenken, das aber doch auch gegenüber dem schriftlichen Vertrage gilt, (vgl. Gierke l. c. S. 225 f.). Auch da müssen es die Anhänger des abstracten Geschäfts schließlich auf den Beweis abstellen, dass wirklich „das Versprechen als von seinem Grunde abgelöstes abgegeben" sei (Windscheid II § 318 N. 3, Unger l. c.) — ein gewiss oft mehr als schwieriger Beweis; s. dagegen auch D. Mot. II S. 689 und Huschke S. 142 N. 1.

[40] S. Brinz II S. 140, Salpius l. c. S. 505, Schlesinger z. Lehre v. d. Formalcontr. § 10, Karlowa l. c. S. 256 f. Nicht bloß um Erleichterung der Frage durch gesetzliche Präsumtion handelt es sich, wie Windscheid l. c., Bekker Krit. Vjschr. IX S. 273 f. wollen.

[41] So, außer den oben N. 27 (gegen Hruza) Citierten, Schindler im Jurist IV S. 310 ff., Wehli G. Z. 1867 Nr. 22, Pavlicek im Právník 1868 S. 93 ff. (citiert bei Hruza l. c. S. 73), Hasenöhrl I § 27, Randa J. Bl. 1882 S. 26 f., Frankl Ztschr. f. Notar. 1882 Nr. 23, Krainz II § 315.

meist nur die Beweiskraft der abstracten Schuldverschreibung (cautio indiscreta) erörtert,[42] eine Frage, die nicht identisch ist, aber doch im engsten Zusammenhange mit der hier besprochenen.[43] — 2. Um das Vorstehende in das rechte Licht zu setzen, muss nun aber betont werden, dass die Fälle, welche vielfach zu den abstracten obligatorischen Verträgen gezählt werden und eben deshalb wohl die Haupttriebfeder für die Vertheidigung der letzteren gebildet haben, nämlich Novation, Anerkennung und Abrechnung, in Wahrheit nicht abstracter Natur sind. Die Novation, deren Verwandtschaft mit der Zahlung längst hervorgehoben ist,[44] ist, wie diese, ein Geschäft, dessen Zweck die Aufhebung einer bestehenden Obligation bildet, Aufhebung statt durch Erfüllung durch Neuobligierung. In dem Neuerungsvertrage kommt die „causa novandi" zum Ausdrucke, er ist durch sie charakterisiert.[45] Wenn, wie das in Rom durch stipulatio geschah, heute z. B. durch Wechselbegebung geschehen kann, die neue Obligation als eine abstracte begründet ist, so bewirkt dies die Form der letzteren, nicht aber die Novation als solche. Vielmehr ist diese eben die causa, welche in der neuen Obligation nur nicht zum Ausdrucke gelangt.[46] Ähnliches gilt von der „Abrechnung" und „Anerkennung".[47]

---

[42] Von einem „Drängen der Judicatur" zur Anerkennung des abstracten Vertrages (so Hruza l. c. S. 73) kann jedenfalls nicht die Rede sein. In den schwankenden Entscheidungen bricht sich lediglich zögernd die heute theoretisch als richtig erkannte (s. Canstein Lehrb. II S. 370 f.) Auffassung Bahn, dass es unrichtig sei, der cautio indiscreta jede formelle Beweiskraft abzusprechen (auch für die Punkte, die sie wirklich enthält), s. z. B. Slg. 2011, 4754, 10301. Wenn jedoch der oberste Gerichtshof in neuerer Zeit entschieden dahin neigt, die Einleitung des Executivprocesses auf Grund indiscreter Urkunden zu verweigern (Slg. 4273, 4932, 4956, 5128, 7977, 10768 und zuletzt 10777 = Spr. R. 130; im Gegensatze zu den von Hruza l. c. angeführten älteren Fällen, dann Slg. 7277, 7659, 8682), so liegt darin doch gesagt, dass eben durch solche, an sich „glaubwürdige" Urkunden eine giltige Obligation nicht erwiesen, das abstracte Schuldbekenntnis also nicht wirksam sei (vgl. noch Slg. 7076); insoferne zeiht Hruza l. c. S. 76 N. 8 Hasenöhrl I S. 354 N. 86 mit Recht der Inconsequenz.

[43] Vgl. Krainz II S. 155, D. Mot. II S. 690, Hruza l. c. S. 75 N. 6. — Mir scheint, man kann wohl, wie das französische Recht (Demolombe l. c. p. 357) dem abstracten Vertrag die Geltung versagen, und gleichwohl der cautio indiscreta nicht alle Beweiskraft absprechen (vgl. vorige Note), aber man kann letztere nicht für beweislos erklären, wenn man erstere für giltig erachtet.

[44] S. Hasenöhrl II S. 514 und die Citt. das. N. 13; dass diese Gleichstellung nicht übertrieben werden darf, s. Unger Grünhut's Ztschr. XV S. 557 f. N. 9.

[45] Das zeigt schon das Erfordernis des „animus novandi", sowie die Ungiltigkeit der Novation bei Ungiltigkeit der zu novierenden Forderung. Mit gewissen Einschränkungen kann das im Texte Gesagte heute als herrschende Lehre bezeichnet werden; s. Windscheid II § 354 N. 2, Hruza l c. S. 83 f., Lotmar Üb. causa S. 80 f., Unger l. c. S. 555, Demolombe l. c. p. 334; anders, da er von der römischen Form der Novation durch stipulatio ausgeht, Bähr l. c. S. 170 f., aber auch Hasenöhrl l. c. S. 521 ff.

[46] Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 190 N. 12, während er sich jetzt l. c. S. 555 weniger deutlich ausdrückt.

[47] Dass Bähr (l. c. § 41) den Anerkennungsvertrag als abstracten bezeichnet, rührt wohl daher, dass er zu seiner Lehre überhaupt nur durch Übertragung der Theorie der römischen

Nähere Ausführung muſs späterer Stelle vorbehalten werden.[48] Hier sei nur auf eines hingewiesen. Schon die Thatsache, daſs die Sprache des Rechtslebens jene Namen für gewisse — im Gesetze nicht besonders geregelte — Obligierungsacte besitzt, zeigt, daſs hier eine dem Bewuſstsein der Betheiligten klare, eigenartige causa, kein abstractes Versprechen vorliegt.[49] Und deshalb ist auch für das österreichische Recht die Anerkennung und Abrechnung ein giltiger Rechtsgrund der Obligierung. Die Sonderung dieser Fälle von den wirklich abstracten Vertragsverhältnissen ist nun nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch bedeutsam. Es ist deutlich, daſs die eben erwähnten Zwecke, der Sicherung, Anerkennung, Verrechnung von Schulden, gerade so wie der Zweck der Erfüllung,[50] zu den „causae praeteritae" gehören. Die Berufung auf das Ermangeln dieser causa, bezw. die Anfechtung der auf Grund derselben gegebenen Zusage, kann daher nur nach Art der condictio indebiti erfolgen, d. i. unter Nachweis eines Irrthums auf Seite des Anfechtenden (§ 1431).[51] Gegenüber einer abstracten Verpflichtung, deren causa ebenso gut eine zukünftige sein kann, ist die Anfechtung an diese Voraussetzung nicht gebunden, sondern folgt sie den Grundsätzen der condictio sine causa oder ob causam.[52] — 3. Ein abstractes Schuldversprechen soll nun nach der Lehre, welche durch Bähr's epochemachende Schrift begründet ist, in jedem Schuldscheine, insbes. Darlehensschuldscheine enthalten sein.[53]

---

stipulatio gelangt (vgl. die Bemerkungen bei Wendt S. 566). Gleichwohl folgen ihm viele Neuere; s. z. B. Dernburg Pr. R. II S. 38, Grünhut l. c. S. 513 ff., auch D. Mot. II S. 691.

[48] Als Vertreter der Ansicht, daſs die Anerkennung ein Causalvertrag, nicht abstractes Versprechen ist, seien vorläufig genannt Bruns Ztschr. f. R. G. I S. 118 ff., Salpius l. c. S. 502, Unger Jhrb. f. Dogm. VIII S. 188 ff., Karlowa Rechtsgeschäft S. 262 f., Hasenöhrl II S. 297 f. (allerdings unklar vermöge seiner Auffassung von der causa debendi I § 27). Vgl. auch die folgende Note.

[49] Dies trotz der ironischen Bemerkung Bähr's, daſs die „Anerkennung" im Schuldschein wohl ein „Zauberwort" sei (ähnlich Hasenöhrl II S. 298 N. 82: „ein bloßer Name, wie Darleihen, Kauf", wobei gerade der letztere Zusatz deutlich für die im Texte gegebene Auffassung spricht!). Die Praxis legt daher mit Grund (nicht bloß, „um sich zu helfen", wie Grünhut l. c. S. 514 N. 114 sagt) Gewicht darauf, ob das Schuldbekenntnis „in Anerkennung" oder „Ausgleichung" einer Schuld oder völlig bezuglos abgegeben ist; vgl. Slg. 2905, 3283, 3544, 5128, 6292, 9840, 11407, G. H. 1889 Nr. 5; s. auch Wessely l. c. S. 66 f.

[50] „In der Schuldanerkennung liegt nach der Absicht der Parteien ein Surrogat der Erfüllung" (Grünhut l. c. S. 518) — natürlich nicht, als ob die alte Obligation (wie durch Novation) getilgt sein sollte, sondern in dem Sinn einer Hinausschiebung der effectiven Zahlung.

[51] Vgl. Salpius l. c. S. 501, Goldschmidt l. c. S. 63 ff., Windscheid II S. 589 N. 8 (anders Hasenöhrl II S. 295).

[52] Von Bähr's Standpunkte ist es deshalb nicht consequent, überall nur condictio indebiti zuzulassen.

[53] Bähr l. c. S. 255 ff., Krit. Vjschr. XXX S. 385 (allerdings spricht B. von einem im Schuldschein steckenden Anerkennungsvertrag, allein dieser ist ihm eben abstracter Natur), Regelsberger in Endemann's Hdb. II S. 488 ff., Goldschmidt l. c. S. 128 u. S. 111 N. 2, Exner Grünhut's Ztschr. S. 235 u. a.; Sächs. Gb. § 1398. Huldigt man dieser Ansicht, dann läßt

Letzterem gegenüber sei daher die Einwendung der nicht empfangenen Valuta eine wahre exceptio, gerade wie gegenüber der Darlehens-stipulatio des classischen Rechts.[54] Wollte nun auch die allgemeine Giltigkeit abstracter Verpflichtung zugegeben werden, in diesem einen Punkte geht Bähr gewiss zu weit. Hatte die ältere Schule unrecht, jedes Schuldbekenntnis bloß als Beweismittel zu betrachten, so darf doch auch nicht umgekehrt übersehen werden, dass in zahllosen Fällen ein Schuldschein in gar keiner anderen Absicht ausgefertigt wird, als der, dem Gläubiger eine Beweissicherung zu schaffen.[55] Vollends der Schuldschein „über ein Darlehen", d. i. eine Realobligation, trägt prima facie das Gepräge der Beurkundung eines außer ihm liegenden realen Vorganges (des Empfanges der Valuta) an sich. Deshalb müsste immer erst, vom Gläubiger, bewiesen werden, dass gleichwohl die Absicht war, eine abstracte Verpflichtung zum Ausdruck zu bringen.[56] Das Gesagte muss aber auch gelten, wenn man nicht ein abstractes Schuldbekenntnis, sondern eine Schuldanerkennung in dem oben zu 2 besprochenen Sinne in dem Schuldscheine sucht.[57] Gerade für die Anerkennung wählt man im Leben, viel mehr als zum Zwecke wirklich abstracter Obligierung,[58] die „Nothlüge"[59] des fictiven Darlehensbekenntnisses, und man thut es, um sicher zu sein, dass das Bekenntnis nicht als bloßes Beweismittel werde beurtheilt werden. Allein, auch hier wäre es voreilig, jeden Schuldschein von vornherein als solche unter einer Fiction versteckte Dispositiverklärung aufzufassen. Zunächst ist die Urkunde so zu nehmen, wie sie sich gibt, als Beweis über die Zuzählung des Darlehens. Dieser Beweis kann durch Gegenbeweis der nicht empfangenen Valuta entkräftet werden. Dann mag der Gläubiger darthun, dass die Darlehenscausa simuliert, die wahre causa Schuldanerkennung (Abrechnung, Novation) sei.[60] Gelingt ihm dieser Nachweis, so muss die Obligation gelten und kann nur nach den Regeln der condictio indebiti vom Schuldner angefochten

sich in der That auch, mit Huschke S. 148, der alten querela non num. pec. das Wort reden.

[54] Gai. IV, 116, vgl. Goldschmidt l. c. S. 37 ff., 62 ff., Huschke S. 101 f., 113.

[55] Vangerow III § 612a, Bruns l. c. S. 94 f., Unger l. c. S. 200 ff., Hruza l. c. S. 90 f. N. 6 u. 7, Buhl Beitr. z. Lehre v. Anerkennungsvertr. S. 41 f., Hasenöhrl II S. 296 f., Förster-Eccius II S. 284 (vgl. Pr. L. R. I, 11 § 734).

[56] So ausdrücklich Dernburg Pr. R. II S. 509, Windscheid II S. 435 (vgl. S. 590 N. 1). Deshalb dürfte es nicht unrichtig sein, wenn der D. Entw. § 683 (Mot. II S. 688) im Zweifel wenigstens nur dem indiscreten Schuldscheine dispositive Bedeutung beilegt; gerade dagegen aber Bähr Krit. Vjschr. XXX S. 405 ff. und Koch Geld u. Wertpap. S. 35 f.

[57] Welche also nach obigem auch für das österr. Recht als selbständige Verpflichtung in Betracht käme.

[58] Larcher l. c. S. 25.

[59] Regelsberger l. c. S. 490 N. 30, S. 485. Wie alt übrigens dieser Behelf ist, zeigen die interessanten Documente, welche jetzt L. Goldschmidt Ztschr. d. Sav. Stift. X S. 366 f. anführt; s. ferner Mitteis in Grünhut's Ztschr. XVII S. 559 ff.

[60] Auch Goldschmidt Ztschr. f. Handelsr. XXIII S. 308 betont, dass nicht in jeder simulierten Darlehenserklärung ein abstracter Verpflichtungswille liegt.

werden.[61] Auch die Praxis unserer Gerichte folgt in richtigem Gefühle dieser Auffassung. Freilich wählt sie zur Rechtfertigung meist den Umweg, die durch den Schuldschein anerkannte Schuld als durch Novation in ein Darlehen verwandelt zu bezeichnen.[62] So wenig nöthig, oder auch nur correct, dies ist,[63] so muss doch zugegeben werden, dass es im Geiste des a. b. Gb. geschieht.[64] Fasst dieses doch auch den Vergleich (§ 1380), den nächsten Verwandten des Anerkennungsvertrages[65] als Novation auf. Eben mit Rücksicht darauf darf aber schließlich gegen die Übertragung der Bähr'schen Theorie in das österreichische Recht geradezu auf § 1379 hingewiesen werden, welcher die „Ausstellung eines neuen Schuldscheines oder einer anderen dahin gehörigen Urkunde" von den Fällen der Novation ausschließt.

VII.

Darlehens-Vorverträge.[1]

§ 22.

Suffrian, D. pactum de mutuo dando (1866); Gruchot XII S. 664—670; Dernburg Pr. R. II § 178; Kohler Darlehen und Vorvertrag, Ges. Abhandl. S. 44 ff.

Nachdem bereits oben (§ 4, I.) das Verhältnis des Darlehensvertrages zu dem Vorvertrage über ein Darlehen[2] erörtert und wichtige Folgerungen daraus angegeben sind, ist nun noch Einzelnes näher zu besprechen:

1. Es können dreierlei Arten von Darlehensvorverträgen[3] (pacta de mutuando, de contrahendo mutuo) gedacht werden:

[61] S. oben bei N. 51. Dass von da nun praktisch nur ein Schritt ist zum wirklich abstracten Schuldbekenntnisse, da ja eine fingierte Abrechnung oder Anerkennung als causa in den Schuldschein ebenso gut aufgenommen werden kann, wie ein fingiertes Darlehen, muss allerdings zugegeben werden. Allein die Möglichkeit dieses „Schleichweges des Lebens" ist kein Argument für die Lehre de lege lata; vor allem aber müssen die Parteien, wo sie diese künstliche Ordnung des Verhältnisses wählen, sich über Vorhandensein und Tragweite ihrer Absicht klar geworden sein, und damit ist dem praktischen Postulate Genüge gethan, auf welches oben S. 168 das entscheidende Gewicht gelegt wurde.

[62] Vgl. etwa Slg. 1255, 1447, 3621, 5700; einfacher Slg. 1161, 4309.

[63] Larcher l. c. S. 27 f.

[64] Deshalb stellen wohl auch die Herausgeber von Stubenrauch II S. 737 f. die Anerkennung zu § 1379. Die Entscheidung Slg. 9840 bezeichnet die Anerkennung geradezu als Novation, aber auch Hruza l. c. S. 87, 91!

[65] Vgl. Risch Vergleich S. 42 f., Unger l. c. S. 196, Vangerow III S. 515, Hasenöhrl II S. 292.

[1] Zu dem Namen vgl. Thöl Handelsr. II § 246 N. 4.

[2] Eine Verpflichtung zur Gewährung eines Darlehens könnte übrigens auch durch letztwillige Verfügung begründet sein; Thöl l. c. S. 186, Gruchot S. 669, cf. L. 108 § 15 D. de leg. I, L. 11 § 15 D. de leg. III.

[3] Vgl. Eisele Ztschr. f. schweiz. R. N. F. III S. 25 f.

a) Ein pactum de mutuo dando, durch welches nur der Creditgeber (Gläubiger) sich zum Abschluss des Vertrages (zur Hingabe des Darlehens) verpflichtet;

b) ein pactum de mutuo accipiendo, durch welches nur der Creditnehmer (Schuldner) sich (zur Annahme des Darlehens) verpflichtet, und

c) ein zweiseitig verbindliches pactum, durch welches der eine zur Hingabe und zugleich der andere zur Annahme des Darlehens verpflichtet wird.

In welchem Sinne der Vorvertrag gemeint sei, ist Auslegungsfrage.[4] Die zu b und c erwähnten Arten kommen natürlich nur vor mit Bezug auf ein verzinsliches Darlehen, da es sonst an jedem (Vermögens-) Interesse an dem Zustandekommen des Darlehens auf Seite des Creditgebers fehlt.[5] Überdies hat jeder Darlehensvorvertrag auch nur Sinn und Wert, wenn er eine Bestimmung über die Dauer des Darlehens enthält.[6]

2. Die gesetzlich vorgeschriebene Form des Notariatsactes, von deren Beobachtung die Giltigkeit des Darlehensvertrages zwischen Ehegatten[7] abhängt, ist auch Voraussetzung der Giltigkeit jeder Art von Darlehensvorverträgen zwischen Ehegatten.[8] Von diesem Falle abgesehen können sie in beliebiger Form vereinbart werden, somit namentlich auch durch stillschweigende Willenserklärung. Mit Rücksicht hierauf wirft sich eine weitere Frage auf:

---

[4] Die ältere Schule dachte stets nur an den ad a genannten Fall, s. nur Glück XII S. 1 f. und auch § 983 a. b. Gb. Ebenso unrichtig ist es anderseits, jeden Vorvertrag als zweiseitig verbindlichen zu behandeln, wie sächs. Gb. §§ 1068 f. und Slg. 523 (G. Z. 1862 Nr. 131); dagegen Unger revid. Entw. S. 91, Hasenöhrl I S. 616 N. 5. Vgl. Göppert Krit. Vjschr. XIV S. 418 ff.

[5] Oder aber es führt dies Interesse zum depositum irregulare; s. Eisele l. c. S. 26, 29, Gruchot S. 667 f.

[6] Sonst kann die Erfüllung durch sofortige Rückforderung resp. Rückzahlung zu nichte gemacht werden, wie schon Savigny Obl. R. II S. 246 N. l bemerkt hat; vgl. Unger l. c. S. 91.

[7] S. oben § 12.

[8] Man ist heute darüber einig, dass es von dem Zwecke der für einen Vertrag vorgeschriebenen Form abhängt, ob auch der Vorvertrag ohne dieselbe unverbindlich ist, s. Regelsberger civilr. Erörter. S. 139 ff., Degenkolb Begriff d. Vorvertr. S. 32 ff., Windscheid II S. 202 f. Das Ges. v. 25. Juli 1871 will nun nicht bloß den Schuldner gegen leichtfertiges Eingehen der Obligation schützen, sondern aus — wirklichen oder vermeintlichen — Rücksichten der publica utilitas (s. oben S. 89) das Zustandekommen von Darlehensverträgen zwischen Ehegatten ohne instrumentum publicum verhindern, deshalb muss auch das einseitige pactum de mutuo dando an diese Form gebunden sein; so auch Geller C. Bl. I S. 148, während Arndts Krit. Vjschr. V S. 166 f. gerade in solchen Fällen die Form für nicht erforderlich zu halten scheint.

3. Das Darlehen kommt durch „res“ und „consensus“ zustande, durch die Hingabe der Valuta in Verbindung mit vorheriger oder gleichzeitiger Einigung der Willen über diese Hingabe. Muss nun etwa diese Willenseinigung, welche in einem Rechtssysteme, das an der Realvertragstheorie festhält, den Darlehensvertrag für sich allein nicht perfect macht, nicht stets mindestens als Vorvertrag über das Darlehen gelten?[9] Die Frage muss verneint werden;[10] denn jener Consens hat einen anderen Inhalt als der über ein pactum de contrahendo. Ersterer betrifft den Zweck einer reellen Leistung (die causa credendi),[11] letzterer die Verpflichtung zu einer Leistung, ersterer ist consensus de praesenti, letzterer consensus de futuro, wie das aus § 936 vollkommen klar wird, welcher zu den Begriffsmerkmalen des Vorvertrages die ausdrückliche Bezeichnung des künftigen Zeitpunktes der Vollziehung zählt.

Insbesondere liegt also auch in der Ausfertigung, bezw. in der Übergabe und Übernahme eines Darlehensschuldscheines als solcher kein Darlehensvorvertrag.[12] Weder ist nunmehr der Aussteller der Urkunde zur Annahme der Darlehensvaluta verpflichtet[13] (wie oben zu b), noch kann der Empfänger des Scheines auf Grund dessen auf Ausfolgung der Valuta belangt werden (wie oben zu a), vielmehr kann bei verweigerter Auszahlung nur der grundlos in seinen Händen befindliche Schuldschein zurückgefordert werden.[14]

4. Was die Wirkung des Darlehensvorvertrages betrifft, so besteht

a) dessen Erfüllung in dem Abschlusse des Darlehens, und

---

[9] So Thöl l. c. S. 191. Gerade die Fassung des § 983 könnte zu dieser Annahme verleiten; gleichwohl wäre dieselbe im Widerspruche mit dem wirklichen Vorgange bei Hingabe eines Darlehens, wie schon oben § 4 N. 6 und 8 bemerkt ist. Vgl. darüber noch die treffenden Sätze bei Brinz Krit. Blätt. I S. 33 und Kohler S. 59.

[10] Die Sache wird wichtig, auch bei unmittelbarer Verbindung der thatsächlichen Hingabe und des Consenses, falls erstere aus irgend welchem Grunde wirkungslos wäre (etwa falsches Geld gegeben; vgl. Thöl l. c.).

[11] Vgl. oben § 4 bei N. 26 u. 46.

[12] So wenig wie in der römischen Darlehensstipulation vor empfangener Valuta: L. 30 D. de R. C. 12, 1, L. 4 D. quae res p. 20, 3; vgl. zu den Stellen Huschke S. 26, Endemann Ztschr. f. H. R. IV S. 198 N. 8, Regelsberger l. c. S. 130 und oben § 4 N. 41.

[13] Wie auf Grund Pr. L. R. I, 11 § 658 für das preußische Recht behauptet werden muss; s. Dernburg Pr. R. II S. 512 N. 6, dagegen aber Förster-Eccius II S. 282 N. 32.

[14] Dernburg l. c. N. 3. — Hätte der Schuldner schon einen Theil der Zinsen gezahlt, so könnten diese nur durch condictio indebiti zurückgefordert werden; so vollkommen richtig alle drei Instanzen in Slg. 4518.

zu dieser gehört die Übergabe[15] der Darlehensvaluta. Die letztere erfolgt also nicht solvendi causa, sondern credendi causa,[16] nicht zur Lösung, sondern zur Begründung einer Obligation,[17] wenngleich diese Obligationsbegründung ihrerseits in Erfüllung einer Verpflichtung geschieht. Die Hingabe des Darlehensgeldes ist eine „Zuzählung", aber keine „Zahlung", und umgekehrt das, was hier zur Einlösung der Zusage, also als „Zahlung" geleistet wird, ist nicht die zugezählte Valuta, sondern der Vertragsabschluss.[18] Das zeigt sich praktisch in mehrfacher Richtung. Für die Zuzählung der Valuta kommen infolge des Gesagten nicht die die Währung betreffenden Normen für die Zahlung von „Geldschulden" zur Anwendung;[19] denn aus dem pactum de mutuo dando geschuldet ist nicht Geld, sondern der Abschluss eines Darlehensvertrages; aus demselben Grunde auch nicht die Grundsätze über den Erfüllungsort, wie bei Zahlung von Geldschulden: der Creditgeber braucht die Darlehensvaluta (im Zweifel) nicht zu dem Entlehner zu bringen, sondern dieser hat sie bei jenem zu holen.[20] Bei verzögerter Annahme der Valuta endlich kann nicht gerichtliche Hinterlegung zur Liberierung des Creditgebers dienen; denn der Gegenstand seiner Schuld ist nicht die Übergabe, sondern der Consens über ein Darlehen, welcher als zweiseitiger Act durch Deposition nie ersetzt werden kann.[21] Auch wenn ein pactum de mutuo accipiendo vorlag, wird das Darlehen somit durch Hinterlegung der Valuta nicht perfect, und erwächst dem Creditgeber durch dieselbe noch nicht der Anspruch auf die vertragsgemäße Verzinsung. Nur ein Schadenersatzanspruch kann für den

[15] Im Folgenden ist nur von dem einfachsten Falle der reellen Valutazuzählung die Rede.

[16] Vgl. oben S. 37 f.

[17] Also das Gegenstück zu dem von Gai. III, 91 durch den Gegensatz „contrahere — distrahere negotium" charakterisierten Falle. Das richtige Verhältnis ist — wenngleich unter Bedenken — auch von Julian erkannt in L. 20 D. de R. C. 12, 1; vgl. dazu Suffrian S. 10 ff.

[18] In der Sprache des classischen Rechts: Der Anspruch geht nicht auf „certa pecunia" (dare), sondern auf ein incertum (facere): L. 68 D. de V. O. 45, 1; vgl. Huschke S. 26, v. d. Pfordten Abhandl. III S. 243 f. und unten N. 26.

[19] Vgl. oben § 17 N. 6.

[20] Dernburg l. c. N. 4, Kohler S. 46 f.

[21] Auch bei auf Eigenthumsübergabe gerichteter Obligation bewirkt nach § 1425 die gerichtliche Hinterlegung zwar Liberierung des Schuldners, aber nicht Eigenthumsübergang (s. Schey Mora cred. S. 45 N. 1). Wollte man also in unserem Falle auch sagen, der Creditgeber habe durch Deposition der Valuta seiner Pflicht Genüge gethan: Die Darlehensforderung entsteht erst durch die perfecte datio, den Übergang des Capitals in das Vermögen des Entlehners, in dieser Richtung ist also die Hinterlegung wirkungslos. Dass dies sich anders gestaltet, wenn das Darlehen als Consensualcontract gilt, s. oben S. 38 c.

Darleiher begründet sein, und der Schadenersatz wird nicht immer gerade in Vergütung der bedungenen Zinsen bestehen,[22] ebensowenig aber in den gesetzlichen (Verzugs-) Zinsen; denn was in solchem Falle der Schuldner verzögert, ist nicht die „bedungene Zahlung des schuldigen Capitals" (§ 1333), sondern die Annahme eines Capitals und die Einwilligung zum Darlehensvertrage.

b) Bei einseitig verpflichtendem Vorvertrage hängt es vom Belieben des Berechtigten ab, ob er seinen Anspruch auf Abschluss des Darlehensgeschäftes geltend machen will oder nicht. Er kann daher auch — soferne das für den Gegner nicht eine größere Leistung involviert — sofort statt auf Vollzug des Vertrages auf Schadenersatz klagen.[23] Er kann aber auch, und bei zweiseitig verbindlichem Vorvertrage muss er,[24] in erster Linie die Klage auf Erfüllung des pactum, d. i. auf Abschluss des Darlehensvertrages richten,[25] wenngleich die Execution auch in diesem Falle thatsächlich zumeist auf die Hereinbringung des Schadenersatzes führen wird.[26]

---

22 Vgl. Eisele l. c. S. 34. Nicht unpraktisch wäre allerdings für den Zweifelsfall eine gesetzliche Regel über die Höhe dieses sonst oft schwer erweislichen Ersatzes, wie Pr. L. R. I, 11 § 660 — oder Vereinbarung einer Conventionalstrafe, wie schon Zeiller III S. 150 räth.

23 Auf das pactum de contrahendo mit seiner gesetzlichen clausula rebus sic stantibus (§ 936) kann seiner Natur nach der sonst maßgebende Satz des § 919 nicht angewendet werden — vgl. oben § 4 N. 13; ausdrücklich so Pr. L. R. I, 11 § 655. — Gegen Suffrian S. 5 f. oben § 4 N. 50.

24 Da seinem Ersatzanspruche zunächst excipiendo der Anspruch des Gegners auf Abschluss des Contracts entgegengehalten würde, von welchem dann erst die Frage entstände, ob er nicht nach § 936 erloschen sei.

25 Vgl. Slg. 5806. Zeiller III S. 150. „Die entgegengesetzte Ansicht, dass nur Entschädigung verlangt werden könne (so Regelsberger l. c. S. 130 f.), hängt mit dem Irrthume zusammen, als ob (nach) classischem Rechte) bei allen obligationes quae in faciendo consistunt grundsätzlich nur ... die Entschädigung sich in obligatione befinde:" Bechmann D. Kauf II S. 271 f.; vgl. auch Degenkolb l. c. S. 40 f., Kohler S. 52 ff. Nur das kann die Frage sein, wie sich die Execution jenes Anspruchs resp. Urtheils auf Abschluss des Contractes gestalte; vgl. Endemann Handelsr. § 90 N. 12. Auch in dieser Beziehung ist es aber zu viel behauptet, dass der Anspruch im Executionsstadium jedenfalls nur zur Liquidierung des Interesse führe (so Göppert l. c. S. 412 f.); anderseits bleibt zu untersuchen, ob die einfache Vollstreckung durch Supplierung des Consenses seitens des Richters (R. C. Pr. O. § 779) auch für die Perfection des Realcontractes ausreiche, wie für den Consensualvertrag (so weit ist die Unterscheidung bei Regelsberger l. c. nicht so unberechtigt, wie Kohler S. 57 meint). Ob und wie sich auch die „res" für den Realcontract direct vollstrecken lasse, ist eine Frage des positiven Processrechts (s. folgende Note) und Regelsberger's Behauptung, dass eine Execution in dieser Richtung principiell unthunlich sei, ist mit Recht von Kohler S. 57 f., Windscheid II § 370 N. 18, Geller C. Bl. I S. 149 f. zurückgewiesen. Mindestens ungenau ist Hasenöhrl I S. 617 Z. 3.

26 Für die Frage der Vollstreckung des Anspruchs auf Erfüllung des Darlehensvorvertrages ist zu beachten: Die

5. Der Crediteröffnungsvertrag[27] (der „offene Credit") ist kein pactum de mutuando.[28] Nicht nur verpflichtet sich der Creditgeber hier zur Creditierung in jeder Form und nicht gerade bloß zur Gewährung von Darlehen,[29] sondern es liegt überhaupt kein pactum de contrahendo vor. Denn schon die „Eröffnung" des Credits wird im Geschäftsleben als eine wirtschaftliche Leistung eigener Art aufgefaßt,[30] die Erklärungen darüber bilden also selbst schon einen durch diese causa charakterisierten Vertrag sui generis,[31] nicht bloß die Vorbereitung eines solchen.[32] Von Anwendung der positiven Normen des § 936 muß deshalb hier völlig abgesehen werden.[33]

Zuzählung resp. Annahme der Darlehensvaluta ist kein „dare" (s. oben S. 175), welches direct (manu militari) im Sinne §§ 305, 307 a. G. O. exequiert werden könnte; vielmehr bildet sie mit dem Darlehensconsense ein Ganzes, eine Leistung also, die nur als „factum praestandum" (oben N. 18) bezeichnet werden kann, u. zw. als ein factum, welches „von einem dritten zustande gebracht werden kann" (§ 309 a. G. O.). Der Kläger sucht daher Credit bei einem dritten bezw. legt sein Capital bei einem dritten an, und liquidiert seinen Schaden gegen den zum Geben oder Nehmen des Credits verpflichtet gewesenen Gegner. Insoferne nun trifft es praktisch zu, daß die Execution nur zu Schadenersatz führe (s. vorige Note). Indirecter Zwang kann für diese Fälle nach unserem Rechte nicht platzgreifen. Wohl aber tritt dieser ein (Geldstrafen, Personalarrest nach § 310 a. G. O.), wenn etwa die Darlehensvaluta schon gegeben und genommen, und nur die Vollziehung der Form des Darlehenscontractes — das verabredete Schriftstück, der Notariatsact — noch ausständig wäre; denn dies „factum" läßt sich weder durch den Richter supplieren, noch durch „einen dritten zustande bringen". S. aber die Entscheidung G. Z. 1888 Nr. 22.

[27] Er gehört wesentlich dem Gebiete des Handelsrechts an, weshalb hier nicht näher auf ihn einzugehen ist; vgl. Grünhut in Endemann's Hdb. III S. 930 ff.

[28] Wie früher zumeist angenommen war, vgl. Seuffert Arch. IV, 32, XII, 37, Fischer S. 412, Regelsberger l. c. S. 132 (bedenklich auch die Ausdrucksweise bei Wendt S. 495); dagegen Endemann Handelsr. § 143 N. 2.

[29] Dernburg Pr. R. II S. 513, Grünhut l. c. S. 931, 933.

[30] Vgl. Endemann Ztschr. f. H. R. IV S. 196 ff.

[31] Eine positivrechtliche Anerkennung der Creditgewährung als eigenen „Titels" kann man in § 14 Grdb. Ges. finden.

[32] Die causa des Crediteröffnungsvertrags ist eine andere als die der einzelnen auf Grund desselben eingegangenen Geschäfte — Grünhut l. c. S. 934. Zur Zinsenzahlung kann daher, da die infolge des Credits zu gebenden Darlehen hier, wie sonst, Realverträge bleiben, der Creditnehmer nur verpflichtet sein, soweit er wirklich Vorschüsse empfangen hat. Allein die für die Creditgewährung als Gegenleistung bedungene Provision (welche häufig in der Form von Zinsen bis zu einer gewissen Höhe des Credits bedungen wird, Grünhut l. c. S. 933, Dernburg l. c.) muß, wie bei jedem synallagmatischen Vertrage entrichtet werden, auch wenn die Gegenleistung nicht in Anspruch genommen wird.

[33] Obgleich die eine der Clauseln des § 936 von der Praxis mit Recht auch hier als stillschweigend bedungen angesehen wird: Im kaufmännischen Verkehre erscheint es als selbstverständlich, daß bei eintretender Gefahr der Credit ohne Deckung nicht gegeben zu werden braucht; s. O. R. G. XXIII S. 137, Grünhut l. c. S. 931 f.

VIII.

Öffentliche Anleihen.

§ 23.

Cohn in Endemann's Handb. III § 428; Goldschmidt Syst. d. Handelsr. im Grundr. § 107 (2. Aufl.); Endemann Handelsrecht § 139. — S. Freund Vorzeitige Rückzahlung und einseitige Conversion von verzinslichen Anlehen (1888).

„Öffentliche Anleihe"[1] nennen wir die Capitalsbeschaffung durch Heranziehung einer unbestimmten Vielheit von Personen (des „Publicums") zur Creditgewährung.[2] Die Anleihenssumme, wie die Anleihensschuld, zerlegt sich in eine (große) Anzahl von Antheilen gleicher Größe und gleicher rechtlicher Natur (Partialen — Partialisten).

Die juristische Theorie dieser Geschäfte gehört wesentlich dem Handelsrechte an.[3] Hier ist auf dieselbe nur soweit einzugehen, als ihr Verhältnis zu dem Darlehen des bürgerlichen Rechts in Betracht kommt; dabei sind zwei Fragen ins Auge zu fassen:

1. Sind „öffentliche Anleihen" überhaupt Darlehen im Sinne des a. b. Gb. und den Normen desselben unterworfen? — Die Antwort läßt sich nur mit Unterscheidung der verschiedenen Formen und Arten jener Anleihen ertheilen.[4]

A. Bei Begebung von Renten — gleichviel in welcher Weise — liegt zweifellos kein Darlehen vor. Es fehlt das Begriffs-

---

[1] Das Wort „Anleihe", „Anlehen" wird vielfach gleich „Darlehen" gesetzt — s. Wg. Gb. III, 8. Hptstck., Reg. z. a. b. Gb. h. v.; in unseren älteren Gesetzen wird wohl auch „das Geben mit dem Worte Darleihen und das Nehmen mit dem Worte Anleihen ausgedrückt": Wg. Gb. III § 78, so auch noch § 1008 a. b. Gb. Heute denkt man dabei zumeist an die „Beschaffung größerer Capitalien", s. Cohn S. 858. Über einen viel weiteren Begriff s. Ztschr. f. H. R. III S. 137.

[2] Endemann S. 663, Goldschmidt S. 160. Der Begriff ist nicht auf Anlehen des Staates oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts beschränkt; Cohn S. 859 (etwas anders noch Savigny Obl. R. II S. 109 und Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren S. 469 f.). Ein Hauptfall sind z. B. Prioritätenanlehen von Eisenbahnunternehmungen.

[3] Bei Staatsanlehen spielen überdies Grundsätze des öffentlichen Rechtes herein; vgl. Laband Staatsr. d. deutsch. Reiches III S. 232. Auch können hier, da die betreffenden Acte meist durch Specialgesetze geregelt werden, manche sonst dem Civilrechte angehörige schwierige Fragen gar nicht aufgeworfen, und kann von Rechtsverletzung im formellen Sinne dann nicht gesprochen werden (so z. B. bezüglich gesetzlich verfügter vorzeitiger Rückzahlung oder Convertierung); vgl. hierzu A. Wagner Ordnung d. österr. Staatshaushaltes S. 114 f.

[4] Hier werden nur die wichtigsten Unterschiede berührt. Jedenfalls aber kann man sich nicht, wie Freund S. 7 f., damit begnügen, daß „die öffentliche Anleihe nichts anderes als ein größeres Darlehen" und dann nur die Frage sei, ob die Anleiheschuld eine einheitliche oder eine Mehrheit von Darlehen bilde.

merkmal (§ 983) der Verpflichtung zur Rückzahlung des Capitals,[5] obgleich nicht geleugnet werden kann, daſs der gleiche wirtſchaftliche Zweck, wie bei echtem Darlehen, durch die ganz verſchiedenen Mittel dieſer Operation verfolgt und erreicht wird.[6]

B. Rückzahlbare Anleihen — mag der Fälligkeitstermin ein kurzer oder langer, direct oder durch einen Verloſungsplan beſtimmt ſein — entſprechen den Geſchäftsbedingungen nach vollkommen dem Begriffe des Darlehens. Gleichwohl iſt zu unterſcheiden:

a) Erfolgt keine Emiſſion von Forderungspapieren,[7] ſo wird dies Anlehen ein „öffentliches" nur deshalb genannt, weil die Offerte zum Abſchluſſe desſelben eine öffentliche iſt.[8] Nebenſächlich iſt es, ob dann dem einzelnen Creditgeber, welcher auf Grund jener Offerte mit dem Anleiher contrahiert, eine Urkunde (Schuldſchein) als Beweisdocument ausgefertigt, oder ſeine Forderung in einem Creditbuche des Anleihers eingetragen wird. Die zwiſchen dem Creditſuchenden und dem einzelnen Gläubiger zuſtande kommende Obligation bleibt ein wahres Darlehen und unterliegt den für dieſes geltenden Rechtsregeln. Ein Darlehen auf dieſem „öffentlichen" Wege zu ſuchen, ſteht aber ſelbſtverſtändlich jedermann frei.

b) Bei Aufnahme der Anleihe durch Emiſſion von Forderungspapieren (Partialobligationen, Theilſchuldverſchreibungen) entſteht, wenn

α) das Papier nur ein abſtractes Schuldverſprechen enthält, keine Darlehensforderung;[9] die Darlehenscauſa, welche aller-

[5] Unrichtig in dieſem Punkte Freund S. 9 f.

[6] Der Schuldner erhält fremdes Capital zu beliebiger Verfügung; deſſen Wiedererlangung iſt dem Creditgeber zwar nicht durch eine Forderung auf Rückzahlung, aber doch durch das ihm gegebene negotiable Papier geſichert, durch deſſen Veräußerung er jederzeit die Valuta hereinbringen kann. Und auf eben dieſem Wege vermag (durch Rückkauf) der Creditnehmer, ſelbſt wenn auch ihm kein Kündigungsrecht vorbehalten war (vgl. Endemann S. 664, Cohn S. 862 N. 37, Wagner l. c. S. 97), die Schuld abzuſtoßen. Eben deshalb geben die „Rententitres" nicht bloß die zu zahlende Rente, ſondern auch das dieſer entſprechende Capital an; vgl. Wagner l. c. S. 161.

[7] Damit iſt das „Forderungspapier öffentlichen Glaubens" im Sinne Brunner's bei Endemann Hdb. II S. 152 gemeint, deſſen Bedeutung unten, b. β, beſprochen wird.

[8] Es entſtehen dann, im Gegenſatze zu dem unten S. 182 geſchilderten Verhältniſſe, ſo viele völlig ſelbſtändige Obligationen, als Creditgeber ſind. Auf die Modificationen, die ſich hier wie in allen anderen Fällen durch die Art der „Negotiation" des Anlehens ergeben können, kann an dieſer Stelle nicht eingegangen werden. S. darüber Cohn S. 869 ff.

[9] Ebenſowenig bei Emiſſion von Staatspapiergeld; wenngleich dieſelbe finanziell der Aufnahme eines unverzinslichen Anlehens gleichſteht, kann von einer „Obligation" keine Rede ſein, da die Note überhaupt kein Schuldver-

dings der Begebung der Obligationen zugrunde liegt, kommt in diesen eben nicht zum Ausdrucke,[10] und die Valuta, welche gegeben wird, ist nicht der Entstehungsgrund dieser Obligation, sondern die Gegenleistung für die Creierung derselben.[11]

β) Allein das vom Schuldner hinausgegebene Wertpapier kann auch die Angabe der Darlehenscausa enthalten — mit mehr oder weniger genauer Verzeichnung der wesentlichen Momente des Anleihegeschäfts, so die sog. Prioritäten der meisten Eisenbahngesellschaften.[12] Die Forderung, welche hier der Inhaber der Theilschuldverschreibung erwirbt, ist keine abstracte,[13] farblose, sondern charakterisiert durch den Geschäftszweck des Darlehens.[14] Gleichwohl kann nicht schlechthin gesagt werden, es liege ein Darlehen vor. Auch in diesem, wie in dem Falle *α* wird eine Scripturobligation geschaffen, d. i. eine Obligation, welche das Papier, und nur dieses, zum Entstehungsgrunde hat,[15] für deren Beurtheilung denn auch nur der Inhalt der Verschreibung maßgebend sein kann. Das Geben der Valuta ist also auch hier nicht die Thatsache, aus welcher die Schuld entsteht; die Obligation wird nicht „re", sondern „literis" erzeugt. Die Valuta bildet auch hier nur das Entgelt für das urkundliche

---

sprechen enthält; s. Goldschmidt Handb. I S. 1193 ff., Hasenöhrl I S. 212 f., dagegen Savigny Obl. R. I S. 414.

[10] Abgesehen davon, dass die causa der Emission nicht gerade die des Darlehens zu sein braucht, sondern z. B. datio in solutum u. dgl. sein kann, s. Kuntze Inhaberpap. S. 555.

[11] Man könnte hier, wie L. 7 D. de novat. 46, 2 bezüglich der Darlehensstipulation sagen: „implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri." Besonders deutlich wird dies, wenn zuerst die Titres hinausgegeben werden, und die Valuta (von dem negocierenden Bankier) nachher terminweise gezahlt werden soll; s. z. B. das bei Nebenius Der öffentliche Credit S. 27 f. geschilderte Geschäft. Verhältnismäßig unwichtig ist es, ob man den Vertrag dann gerade einen Kauf nennt oder nicht; vgl. etwa Souchay Arch. f. d. civ. Prax. X S. 153 f., Unger Rechtl. Natur der Inhaberpap. S. 87, 95 f., Kuntze, l. c. S. 553, Dernburg Pr. R. II S. 499 f.

[12] Texte solcher Obligationen finden sich abgedruckt bei Bekker Über die Couponprocesse S. 185 ff. und in der oben § 17 N. 95 citierten Publication von Haerdtl, Tremel und Weiß.

[13] Wie das für jede Scripturobligation vorausgesetzt wird von Unger l. c. S. 85 f., Kuntze l. c. S. 364, 469, 473, Thöl Handelsr. I S. 105, Hasenöhrl II S. 18, A. Stein G. Z. 1871 Nr. 67, Fuchs Karten und Marken des täglichen Verkehrs S. 18, und mit besonderer Emphase behauptet ist von Bekker l. c. S. 160 f., 168 (wie es scheint, unter Zustimmung von Czyhlarz Krit. Vjschr. XXIV S. 60 f.), jetzt auch von Lehmann Zur Theorie d. Wertpap. S. 41 f. S. dagegen Brunner l. c. S. 168, 201. Cohn S. 864, Goldschmidt S. 161, Freund S. 11, Dworzak G. Z. 1857 S. 425. Vgl. auch unten N. 20.

[14] Dass dies jedenfalls der Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung ist, zeigt das Hfdcr. v. 19. Juni 1847, sowie das Ges. v. 24. April 1874 R. G. B. 49 § 1. Vgl. auch Czyhlarz l. c. S. 60 f. und unten N. 27.

[15] Vgl. über das Wesen der Scripturobligation Brunner l. c. § 195.

Schuldverſprechen.[16] Ein Darlehensvertrag iſt alſo nicht zu finden.[17] Allein die in der Urkunde verkörperte Obligation bezeichnet, für jedermann ſichtbar, das Darlehen eines beſtimmten Capitals, nach gewiſſen Bedingungen und Friſten rückzahlbar, als den wirtſchaftlichen Zweck, dem ſie ihre Entſtehung verdankt, und nach welchem ſie beurtheilt ſein will. Soweit der Inhalt der Scriptur dafür den Stoff bietet, aber auch nur ſo weit,[18] kommen daher die Rechtsſätze für das Darlehen zur Geltung. Und das iſt praktiſch nicht bedeutungslos.[19]

Die ſonſt weſentlichſte Äußerung der Darlehenscauſa iſt allerdings durch die Scriptur abgeſchnitten, die etwaige Berufung nämlich auf die nicht, oder nicht voll, oder nicht gehörig (§ 991) erhaltene Valuta.[20]

Dagegen kommen Specialgeſetze über die Rückzahlungsvaluta bei Darlehen (Vdg. v. 7. Februar 1856)[21] auch hier zur Anwendung, da ihre Vorausſetzungen ſehr wohl durch den bloßen Wortlaut des Papieres feſtſtehen können; ebendies gilt von beſonderen Vorſchriften über den Ort oder die Zeit der Zahlung,[22] und die Frage vorzeitiger Rückzahlung oder Converſion.[23] Auch die Einrede des

---

[16] Ob gerade einen Kaufpreis (vgl. oben N. 11), kann auch hier dahingeſtellt bleiben; vgl. darüber Cohn S. 865, Kuntze l. c. S. 553, Endemann S. 664, Gareis in Endemann's Hdb. II S. 549.

[17] Dies verkennt Freund S. 10 f. Den richtigen Standpunkt vertraten in einer Debatte des Abgeordnetenhauſes Rittner (bei Kaſerer Öſterr. Geſ. XXXIII S. 199 ff.) und Lienbacher (ebend. S. 186 f.) gegen Jaques (ebend. S. 196 f.).

[18] Cohn S. 864; vgl. Laband l. c. S. 238: „Darlehen ... in derjenigen juriſtiſchen Geſtaltung, welche durch die Obligationsform der ‚Wertpapiere' (Scripturobligation) gegeben iſt."

[19] Vgl. Renaud Ztſchr. f. deutſch. R. XIV S. 334 f.

[20] Vgl. Unger l. c. S. 87 N. 6, Cohn S. 872. Das Zurückgehen auf die Hingabe der Valuta als Entſtehungsgrund des Darlehens iſt ausgeſchloſſen, ſo weit alſo von der causa „abſtrahiert", allein die im Texte weiter berührten Punkte zeigen, daſs die Obligation dennoch nicht völlig „abſtract" wird.

[21] S. oben § 17 b.

[22] Unſer Recht kennt ſolche nicht; ſ. aber z. B. D. Entw. §§ 457, 618.

[23] Auch in dieſer Beziehung gilt nach öſterreichiſchem Rechte nichts Beſonderes für das Darlehen. (S. dagegen Pr. L. R. I, 11 § 758.) Ebendeshalb kommt aber auch für Rückzahlung oder Converſion der öffentlichen Anleihe die Norm des § 1413 zur Anwendung (vgl. Goldſchmidt S. 160, 162), wonach, wo vorzeitige Kündigung nicht ausdrücklich vorbehalten iſt (anders z. B. Stein Finanzwiſſ. S. 797), der Rückzahlungstermin oder Verloſungsplan eingehalten werden muſs, ſoferne nicht die causa des Geſchäfts zeigt, daſs lediglich ein „dies pro debitore" gewollt ſei (vgl. oben § 16). Das iſt vor allem eine wahre Rechtsfrage, keine „Volkswirtſchaftsfrage" (ſo Hertzka in Faucher's Vjſchr. LII S. 221), maßgebend für die Beantwortung aber nur der von Anfang zugrunde liegende wirtſchaftliche Zweck des Geſchäfts und nicht der Umſtand, ob nachher die Converſion oder Rückzahlung dem Obligationsbeſitzer mehr oder weniger Nutzen oder Schaden bringt;

Wuchers erscheint nicht principiell ausgeschlossen.[24] Zuletzt, aber nicht am wenigsten bedeutsam, zeigt die Berufung der Theilschuldverschreibung auf die Anlehenscausa den geschäftlichen Zusammenhang all' dieser Obligationen, ihren gemeinsamen Ursprung,[25] und darin liegt die Möglichkeit einer gemeinsamen Sicherstellung[26] aller Partialen, sowie die Berechtigung des in unserer Gesetzgebung auftauchenden Gedankens einer einheitlichen Vertretung der Interessen sämmtlicher Partialisten.[27]

2. Ist Jedermann befugt, Anlehen in dieser Form aufzunehmen? Wie das Vorstehende zeigt, handelt es sich nicht darum, ob gewisse Arten von Darlehen ausnahmsweise verboten[28] oder erlaubt sind. Soweit die Ausschreibung einer öffentlichen Anleihe wirklich unter den Gesichtspunkt eines Darlehensvertrages fällt (1. B a), gilt nichts Besonderes für sie, und ist sie daher auch niemand verwehrt.[29] Die Frage aber, ob dies auch von den Gestalten öffentlicher Anlehen (1. A[30] und B, b) behauptet werden kann, welche nicht unter die Kategorie des Darlehensvertrages fallen, läßt sich eben nicht nach den Normen des letzteren beurtheilen, sondern reicht weit über dessen Gebiet hinaus. Sie kann denn auch an diesem Orte nur andeutungsweise besprochen werden. Vorerst ist im Hinblick auf die oben genannten Arten von Anlehen zu sagen:

---

beides wird nicht selten, z. B. bei Wagner l. c. S. 105 ff., 111 ff., verwechselt. Gerade die im Texte besprochene Form der Anleihe läßt aber keinen Zweifel daran, daß die Valuta nicht lediglich „credendi causa" gegeben ist, sondern geradezu zum Behufe des Erwerbs eines festen Rechtes auf Seite des Creditgebers in Gestalt der Scripturobligation, in welcher er sein Capital „anlegt". Nicht überzeugend sind die entgegengesetzten Ausführungen von Freund S. 30 ff. S. dagegen Cohn S. 873, 876.

[24] Vgl. Goldschmidt S. 162 f.; a. M. Bekker l. c. S. 129, Cohn S. 873 N. 105. Nur „Wucher im Capital" kann allerdings nicht geltend gemacht werden (etwa wegen Emission tief unter pari), wo die Einrede nicht erhaltener Valuta ausgeschlossen ist (oben N. 20); vgl. Kaserer l. c. S. 200.

[25] Vgl. Brunner l. c. S. 201 f. Cohn S. 875 leugnet jede Genossenschaft zwischen den einzelnen Obligationsbesitzern; aber steht es damit nicht in Widerspruch, wenn er (S. 874) zugibt, daß diese „nicht selten einer gemeinsamen Vertretung bedürfen"? Nicht zutreffend ist auch die Charakteristik des Verhältnisses im Sinne § 888 bei Stubenrauch II S. 227 N. 1.

[26] Vgl. §§ 48—50 Ges. v. 19. Mai 1874 R. G. B. 70.

[27] Ges. v. 24. April 1874 R. G. B. 48 und v. 5. Dec. 1877 R. G. B. 111. Durch diese Gesetze ist die „rechtliche Interessengemeinschaft" (Goldschmidt S. 164) der Partialisten anerkannt. Vgl. dazu Ofner Zur inductiven Methode im Recht S. 30 ff.

[28] So z. B. Stubenrauch II S. 346 N. 2. — Ein Fall eines solchen positivrechtlichen Verbotes liegt allerdings vor bezüglich der Prämien-Anlehen: Ges. v. 28. März 1889 R. G. B. 32; vgl. Goldschmidt S. 161.

[29] Vgl. oben S. 179.

[30] Die entscheidende Frage ist auch für Rentenausgabe die Zulässigkeit der Scripturobligation.

a) Die Emission von abstracten Anlehenspapieren (1. B b α) kann schon deshalb nicht grundsätzlich als zulässig erkannt werden, weil, wie früher ausgeführt, in Ermangelung positivgesetzlicher Anerkennung die Constituierung abstracter Obligationen nach österreichischem Privatrechte dem Parteiwillen nicht zusteht.[31] Zu untersuchen bleibt demnach nur

b) die Begebung von Anlehenspapieren mit Angabe der Darlehenscausa (1. B b β). Für diesen Fall ist aber wiederum die Frage nicht die, welche gewöhnlich allein aufgeworfen wird,[32] ob die „Ausstellung von Inhaberpapieren" jedermann freistehe. Diese Frage principiell zu verneinen bietet allerdings unser bürgerliches Recht keinen Anhaltspunkt.[33] Gegen die Verpflichtung zu einer Leistung an den „Inhaber des Papieres" kann mit Grund ebensowenig eingewendet werden, dass darin ein Vertrag zu Gunsten dritter läge,[34] als dass eine Obligierung gegenüber unbestimmten Personen[35] unzulässig sei. Die Vorschrift des § 1001 aber, dass der Name des Gläubigers im Schuldscheine genannt sein müsse, betrifft die Beweiskraft der Urkunde und nicht die Giltigkeit der Obligation.[36] Allein unsere Frage gilt einem ganz anderen Probleme,

---

[31] S. oben Zus. zu § 21. Überdies trifft das im Folgenden unter b Gesagte natürlich auch die abstracte Scriptur.

[32] Bei Unger l. c. § 25, Kuntze l. c. S. 535 ff., Hasenöhrl II S. 31 f. und, in eingehendster Erörterung, Poschinger Befugnis z. Ausstellung v. Inhaber-Papieren (1870).

[33] Anderseits sollte § 371 und § 1393 nicht als Beweis für deren Bejahung citiert werden; aus diesen Gesetzesstellen folgt nur, dass es im Gebiete des österreichischen Rechts Inhaberpapiere gibt, nicht aber, dass für deren Ausstellung keine Schranke bestehe. Noch bedenklicher ist für unser bürgerliches Recht die Berufung auf Gewohnheitsrecht bei Poschinger l. c. S. 146 f. Auch die „stillschweigende Duldung der Staatsverwaltung" (Winiwarter II S. 130) befriedigt wohl nicht.

[34] Gegen die Hereinziehung dieses Gesichtspunktes s. schon Savigny Obl. R. II S. 123. Überdies ist das pactum in favorem tertii für das österreichische Recht gewiss nicht ausgeschlossen; vgl. oben § 8 N. 26.

[35] So Savigny l. c. S. 122 f., dagegen s. Renaud l. c. S. 331 ff.

[36] Vgl. oben § 20. Die Argumentation aus § 1001 beruht auf der Verwechselung von Beweisdocument und Scripturobligation, die so häufig wiederkehrt — z. B. bei Winiwarter l. c., Renaud l. c. S. 337, Schopf Archiv II, 1838 S. 12 ff., aber selbst bei Savigny l. c. S. 128 f.; dagegen s. Unger l. c. S. 173 f., Poschinger l. c. S. 145 f., Hasenöhrl II S. 32 N. 3. Freilich ist jene falsche ältere Auffassung auch in unsere Gesetzgebung übergegangen (vgl. Czyhlarz Krit. Vjschr. XXIV S. 60 f.), indem das Hfdcr. v. 17. Dec. 1847 J. G. S. 1105 (bei Michel II Nr. 1266) die Emission von Partialobligationen auf den Inhaber untersagt, „um diese Partialgeschäfte mit den Bestimmungen des § 1001 a. b. Gb.... in Einklang zu bringen". Allein, hier wie sonst, bindet uns nur der Tenor, nicht die theoretische Motivierung des Gesetzes; am allerwenigsten aber geht es an, in dieser letzteren eine „authentische Interpretation" des § 1001 zu

der Creierung von Scripturobligationen durch Privatwillkür;[37] denn als solche wollen die Anleihepapiere in Verkehr gesetzt werden. So gestellt, betrifft die Frage nicht nur die Schuldverschreibung au porteur, sondern auch die auf Namen oder an Ordre lautende.[38] So gestellt, muss aber die Frage verneint werden.[39] Die gesetzlich verkündigte „Vertragsfreiheit" beweist nichts in dieser Richtung. Nicht darum nämlich ist die Frage, welchen Inhalt der obligatorische Vertrag haben könne und dürfe,[40] sondern darum, ob — statt des Vertrages — die Creation eines Papiers als Entstehungsgrund einer Obligation gelten könne. Das aber kann nur durch eine Rechtsnorm, nicht durch die Autonomie des Geschäftswillens bestimmt sein;[41] und eine allgemeine derartige Rechtsnorm kennt unser Recht nicht.

Dazu kommt, speciell Anlehenspapiere betreffend, noch Folgendes: Die Hinausgabe von Schuldverschreibungen auf Namen als Scripturobligation böte geradezu den Weg zur Umgehung des § 1001, welcher die exceptio non numeratae pecuniae als dem Wesen des Darlehens entsprechend erklärt.[42] Ordrepapiere sind anerkanntermaßen nur die in den Gesetzen insbesondere als solche sanctionierten.[43] Was endlich Inhaberpapiere anbelangt, so ist durch das Hfdcr. v. 17. December 1847 J. G. S. 1105 ausdrücklich die Aufnahme von Anleihen durch Privatpersonen in der Form

erblicken, wie Poschinger l. c. S. 150 f. will. S. jedoch noch unten N. 42.

[37] Der Contrast kommt gut zum Vorschein in den Entscheidungsgründen Slg. 5936.

[38] Vgl. Knies Credit 1 S. 178 f.

[39] Anderseits ist bei so gestellter Frage klar, dass mit ihrer Verneinung nur die Scripturobligation, nicht aber jede Verpflichtung gegen den Überbringer einer Urkunde getroffen ist. Deshalb kann gegenüber der hier vertretenen Anschauung aus jenen zahlreichen Marken, Karten, Billets u. dgl. des täglichen Verkehrs kein Einwand entnommen werden, deren Geltung schon längst nicht bestritten wird; vgl. Poschinger l. c. S. 73 N. 38, Unger l. c. S. 90, 172, Kuntze l. c. S. 467 f., Fuchs l. c. S. 20, auch D. Entw. § 701, Gierke l. c. S. 234.

[40] Es steht hier ähnlich wie um die Frage des abstracten Vertrages, s. oben S. 167 f. Übrigens ist auch hier de lege ferenda nicht jeder Einwand so nichtig, wie Poschinger l. c. S. 42, 107 meint.

[41] Vgl. Bekker Jahrb. d. gem. R. I S. 362 ff.; etwas Ähnliches liegt wohl auch der schwierigen Deduction Kuntze's l. c. S. 540 ff. zugrunde. Poschinger l. c. S. 69 f. betont sehr gut das Eigenartige der Entstehung der Scripturobligation, ohne jedoch die Consequenz zu ziehen. Im übrigen scheint er in seiner Polemik die Frage der Nothwendigkeit einer gesetzlichen Norm über diesen Entstehungsgrund und einer polizeilichen Gestattung im concreten Fall zu vermischen.

[42] Nur in diesem Sinne kann § 1001 herangezogen werden; vgl. oben N. 36.

[43] Brunner l. c. S. 189 f., Hasenöhrl II S. 88.

der Emission von Partialobligationen, welche auf den Inhaber lauten, untersagt.[44]

Alles dies führt zu dem Schlusse, dass öffentliche Anlehen unter Begebung von Forderungspapieren (Scripturobligationen) welcher Art immer nur auf Grund eines Specialgesetzes oder einer staatlichen Concession[45] möglich sind.[46] Übrigens kann thatsächlich das-

---

[44] Vgl. darüber oben N. 36. Ein arg. a contrario für die Giltigkeit anderer Inhaberobligationen kann aus dem Hfdcr. nach dem oben Gesagten nicht entnommen werden, weil sich dies Gesetz eben als Gegensatz nicht Scripturobligationen, sondern gewöhnliche Schuldscheine dachte.

[45] Thatsächlich wird diese Bewilligung meist nur „so nebenher" in der Concession zur Errichtung einer Actiengesellschaft (Eisenbahn) oder dem Gesetz über die Aufnahme eines Gemeindeanlehens u. dgl. zu finden sein; vgl. Czyhlarz l. c. S. 60 N. *

[46] Hasenöhrl II S. 32 f. hält für jede Ausgabe von Inhaberpapieren gesetzliche Bewilligung für nöthig, ohne auch nur die oben (N. 39) erwähnten Arten auszunehmen; Krainz II, 2 S. 213 fordert die Bewilligung für alle auf Geld lautenden Inhaberpapiere, wegen Vdg. v. 17. Dec. 1847, welche sich jedoch in Wahrheit nur auf Partialanlehen bezieht. Von diesem Standpunkt ist es allein richtig, so wie Unger l. c. S. 174 f. alle anderen Fälle freizugeben; s. auch Kirchstetter S. 656, Stubenrauch II S. 752, Stein l. c. Nr. 69 f. Slg. 1977. Gegen die Ansicht Boschinger's s. oben N. 33. Über das gemeine Recht s. Brunner l. c. S. 198 f.

[47] Das Creditinstitut borgt eine Summe gegen Hypothek. Seinerseits concessionsgemäß dazu befugt, setzt es nun Hypothekenbriefe au porteur in Verkehr auf Grund und in der Höhe des von ihm geborgten Capitals. Formell steht der Creditsuchende in einem Obligationsverhältnisse — einem gewöhnlichen Darlehen — nur zu der Anstalt, und formell ist Schuldnerin gegenüber den Erwerbern jener Pfandbriefe nur die Anstalt (vgl. Brunner l. c. S. 202). Allein dem geschäftlichen Zusammenhange nach sind diese Schuldverschreibungen doch nur die Partialen jenes Darlehens. Das Creditinstitut ist nur die Mittelsperson, welche dem Publicum gegenüber ihren Credit einsetzt (Kuntze l. c. S. 15 ff.; Cohn S. 869). Dieser Zusammenhang zeigt sich auch rechtlich in der, fast überall, in den Statuten derartiger Institute erscheinenden Norm (vgl. z. B. Art. 141 der Statuten der österr. Bodencreditanstalt; noch deutlicher freilich bei den älteren ähnlichen Anstalten, s. Savigny l. c. S. 111 f.), dass die in Umlauf gesetzten Pfandbriefe niemals die Höhe der von der Anstalt thatsächlich elocierten Capitalien überschreiten dürfen (vgl. auch Ges. v. 24. April 1874 R. G. B. 48 § 2). Vollends aber der Effectenverkehr ist geneigt, die Deckung für diese von einer Creditanstalt ausgestellten Obligationen in der Schuld des eigentlichen Creditsuchenden, resp. der von ihm bestellten Hypothek zu erblicken. Es trat dies besonders zu Tage in einem Falle, wo der österreichische Staat (im Jahre 1866) wie irgend ein Privatmann ein Hypothekardarlehen (auf seine Domänen) bei der oben genannten Bodencreditanstalt aufnahm. Die auf Grund dessen emittierten Pfandbriefe dieser Anstalt, welche streng juristisch keine andere Stellung einnehmen als alle ihre anderen, wurden von Anfang an als „Staatsdomänenpfandbriefe" aufgefasst, ja in dem amtlichen Cursblatte als Staatsanleihepapier notiert, als ob der Staat und nicht die Bank der Schuldner aus den Obligationen wäre. Allerdings musste diese Hinwegsetzung über die rechtliche Natur des Verhältnisses früher oder später zu Conflicten führen; vgl. über diese Benies J. Bl. 1890 Nr. 9 u. 12. — Von dem Standpunkte der angedeuteten geschäftlichen Auffassung, welche in der Creditanstalt nur den Vermittler

selbe Ziel von jedem Privaten durch Vermittlung von Hypothekarcreditinstituten erreicht werden.[47]

---

des Anlehens sieht, begreift sich denn auch die Gepflogenheit, dass die betreffenden Institute (so auch die Hypothekarabtheilung der österr.-ungar. Bank) dem Creditnehmer die Valuta des ihm zugesagten Darlehens nicht in Barem ausfolgen, sondern eben in ihren Pfandbriefen zum Nominalbetrage, welche dann, meist durch Vermittlung der Anstalt selbst, realisiert werden, so dass der Entlehner thatsächlich weniger an Capital empfängt, ein Vorgang, der, wollte man das Geschäft als einfaches Darlehen betrachten, geradewegs mit § 990 im Widerspruche stünde; vgl. oben § 7 N. 43.

Die

Obligationsverhältnisse

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Josef Freiherrn von Schey,
o. ö. Professor an der Carl-Franzens-Universität zu Graz.

I. Band.

2. Heft:

Der Leihvertrag. — Der Verwahrungsvertrag und die Gastaufnahme.

Wien, 1895.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I. Kohlmarkt 20.

Inhalt des II. Heftes.

		Seite
	2. Capitel: Der Leihvertrag	187—280
	I. Begriff und Wesen des Leihvertrages	187—214
§ 24.	Begriffsbestimmung	187—189
§ 25.	1. Die Leihe als Realcontract — Vorverträge	189—190
	Zusatz	190—191
	2. Gegenstand des Leihvertrages	192—209
§ 26.	a) Körperliche Sachen	192—199
	Zusatz 1. Verkehrsfähigkeit	193—196
	Zusatz 2. Rückgabe der entlehnten fremden Sache	197—199
§ 27.	b) **Unkörperliche Sachen** — Abgrenzung gegen die Schenkung	199—209
§ 28.	3. Die Gebrauchsüberlassung als causa	209—214
	a) Leihe zum Zwecke der Verpfändung	210—211
	b) zur Nutzung	211—212
	c) unter Vereinbarung des Schätzwertes	212—214
§ 29.	**II. Der Abschluss des Leihvertrages**	214—219
	1. Form des Consenses	214—215
	2. Entstehung der Leihe durch Schuldverwandlung	215
	3. Leihe mehrerer Sachen	215
	4. Handlungsunfähigkeit der Contrahenten	215—219
	Zusatz. Außercontractlicher Rückforderungsanspruch	216—219
§ 30.	**III. Das durch den Leihvertrag begründete Rechtsverhältnis**	219—260
	1. Bezüglich des Gebrauches der Sache	220—225
	a) Art des Gebrauches	220—221
	b) Das Besitzverhältnis	221—225
	Zusatz. Der Besitzschutz des Commodatars	223—225

Seite

§ 31. 2. Zurückstellung der entlehnten Sache . . . 225—230
a) Zeit der Zurückstellung . . . . . 225—228
b) Acceſſionen — Klagenceſſion . . . . . 228—229
c) Ort der Zurückſtellung . . . . . 229—230

§ 32. 3. Haftung des Entlehners für Beſchädigung und Verluſt (custodia) . . . . . 230—239
a) für Erhaltung der Subſtanz 231
b) für „casus mixtus“ . . . . . 231—234
c) für dritte Perſonen . . . . . 234—235
d) Concurrenz der Delictsklage gegen den Entlehner 235
e) Wiederfinden der verlorenen Sache (§ 980 a. b. Gb.) 236—239
Zuſatz . . . . . 236—239

§ 33. 4. Aufwand und Schaden des Entlehners (actio commodati contraria) . . . . . 239—244
a) Verſchulden des Verleihers . . . . . 239—240
b) Impenſen des Entlehners . . . . . 240—243
c) Klagen und Einreden (Retentionsrecht) des Entlehners . . . . . 243—244

§ 34. 5. Endigung des Leiheverhältniſſes und Erlöſchen der gegenſeitigen Anſprüche . . 244—251
a) Endigung der Leihe . . . . . 244—245
b) Erlöſchen der Anſprüche — § 982 a. b. Gb. . . 245—251
Zuſatz. Zur Lehre von der Präcluſivfriſt . 249—251

§ 35. 6. Mehrheit der Subjecte des Leihverhältniſſes . 251—260
a) Mehrere Verleiher . . . . . 253—254
b) Mehrere Entlehner . . . . . 254—256
c) Die Präcluſivfriſt des § 982 a. b. Gb. . . . . 256—257
d) Gegenanſprüche des Entlehners 257
Zuſatz. Solidarität wegen Untheilbarkeit der Obligation . . . . . 257—260

IV. Bittleihen (Precarium) . . . . . 260—280

§ 36. 1. Weſen des Precariums . . . . . 260—271
a) Mögliche Auffaſſungen (das römiſche Precarium) 263—265
b) Das Bittleihen im a. b. Gb. . . . . 266—271

§ 37. 2. Wann liegt ein Precarium vor — im Gegenſatze zum Leihvertrag? . . . . . 271—280
Zuſatz 1. Vertragswirkung der precariſtiſchen Gebrauchsgeſtattung? . . . . . 273—275
Zuſatz 2. Praktikabilität des römiſchen Precarium im heutigen Recht? . . 276—280

Seite

3. Capitel: Der Verwahrungsvertrag und die Gastaufnahme . . . . . 281—418

I. Der regelmäßige Verwahrungsvertrag . . . . . 281—341

A. Begriff und Wesen des Verwahrungsvertrages . . . . . 281—297

§ 38. Begriffsbestimmung — „Obsorge" . . . . . 281—283

1. Der Verwahrungsvertrag als Realcontract 284

2. Gegenstand des Verwahrungsvertrages . . . . 284—287

a) Vertretbare und verbrauchbare Sachen 284

b) Immobilien . . . . . 284—285

c) fremde und eigene Sachen des Depositars . . 285—287

§ 39. 3. Abgränzung gegen andere Geschäfte . . . 288—297

a) gegen den Leihvertrag . . . . . 288—289

b) die Sachmiethe . . . . . 289—290

c) das Mandat . . . . . 290—291

d) den Lohnvertrag . . . . . 291—292

e) den Pfandvertrag 292

Zusatz. Verbindung eines depositum mit einem anderen Obligationsverhältnisse? . . 292—297

§ 40. B. Der Abschluss des Verwahrungsvertrages 297—303

1. Vorverträge . . . . . 297—298

2. Res und consensus . . . . . 299—301

a) Die Übergabe der Sache 299

b) Mehrerer Sachen 299

c) Form des Consenses . . . . . 299—300

d) Handlungsunfähigkeit eines Contrahenten . . 300—301

3. Hinterlegung zu Gunsten eines Dritten . 301—303

C. Das durch den Verwahrungsvertrag begründete Rechtsverhältnis . . . . . 303—338

§ 41. 1. Die Obsorgepflicht (custodia) des Verwahrers 303—309

a) Das Maß der Sorgfalt . . . . . 304—306

b) Haftung für „casus mixtus" . . . . . 306—307

c) Haftung für dritte Personen . . . . . 307—309

§ 42. 2. Die rechtliche Stellung des Verwahrers in Bezug auf die Sache . . . . . 310—316

a) Gebrauch der Sache 310

b) Die Inhabung des Depositars . . . . . 310—312

c) Klagen des Depositars gegen Dritte 312

Zusatz. Detention ohne Besitzschutz . . . 313—316

Seite

§ 43. 3. Zurückstellung der hinterlegten Sache . . 316—320
a) Zeit der Rückstellung . . . . . 316—318
b) Ort der Rückstellung 319
c) Zuwachs der Sache . . . . . 319—320
4. Ersatzansprüche des Hinterlegers . . . . 320—321
§ 44. 5. Beweis betreffend die Ansprüche des Deponenten 321—325
Zusatz. Der Schätzungseid des § 366 a. b. Gb. 324—325
§ 45. 6. Ansprüche des Verwahrers . . . . . 325—338
a) Ersatzansprüche (actio contraria) . . . . . 325—328
α) wegen Verschuldens des Hinterlegers . . . 326
β) Bei vorzeitiger Rückforderung 326
γ) Wegen Impensen . . . . . 326—328
b) Anspruch auf Lohn 328
§ 46. c) Rechtsmittel . . . . . 328—338
α) Ausschluss der Compensation 329
β) Des Retentionsrechts . . . . . 329—338
Zusatz. Zur Lehre vom Retentionsrecht . . 331—338

§ 47. D. Endigung der Verwahrung und Erlöschen der gegenseitigen Ansprüche . . . . 338—340
1. Endigung des Rechtsverhältnisses . . . . 338—339
a) Durch Ablauf der Zeit 338
b) Durch Aufkündigung . . . . . 338—339
c) Durch Eigenthumserwerb des Verwahrers . . 339
d) Durch Schuldverwandlung 339
2. Erlöschen der Ansprüche (Präclusivfristen) . . 340

E. Mehrheit der Hinterleger oder Verwahrer 341

§ 48. **II. Hinterlegung bei einem Sequester** . . . . . 341—347
1. Wesen der Sequestration . . . . . 343—345
2. Die Rechtsnormen der Sequestration . . . . 345—347
a) Realcontract . . . . . 345—346
b) Anwendung von Depositumsnormen 346
c) Modificationen derselben . . . . . 346—347
d) Insbesondere der Besitzschutz 347

§ 49. **III. Gerichtliche Hinterlegung** . . . . . 348—351
1. Hinterlegung bei Gericht . . . . . 348—350
2. Gerichtliche Anordnung der Verwahrung bei einem Dritten 350
3. Gerichtsmäßige Bankdepositen . . . . . 350—351

Seite

IV. Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag . . . . . 351—394

A. Begriff und Weſen des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages (depositum irreguläre) . . . . . 351—370

§ 50. 1. Begriffsbeſtimmung . . . . . 351—353

2. Abgränzung gegen das Darlehen . . . . 353—367

a) Bedeutung des § 959 a. b. Gb. . . . . 355—358

§ 51. b) Gegenſatz der Geſchäftszwecke . . . . . 358—367

Insbeſondere das verzinsliche Depoſitum . . . 364—367

§ 52. 3. Fälle des irregulären Depoſitums . . . 367—370

a) Bankdepoſiten, Sparcaſſen . . . . . 367—368

b) Auslegungsfragen . . . . . 368—369

c) Fälle des § 959 a. b. Gb. . . . . 369—370

§ 53. B. Die einzelnen Rechtsſätze . . . . . 370—376

1. Abweichend vom regulären Depoſitum . . 370—372

2. Depoſitumsgrundſätze . . . . . 372—376

a) Form des Vertragsſchluſſes 372

b) Anwendung des § 991 a. b. Gb.? 372

c) Entlohnung des Depoſitars 372

d) Art. 290 H. G. B. . . . . 372—373

e) Zeit der Rückforderung 373

f) Holſchuld 373

g) Unzuläſſigkeit der Compenſationseinrede . . 373—376

h) Form des Schuldſcheins 376

§ 54. C. Andere Abarten des (regulären) Depoſitums . . . . . 376—394

Zwiſchenſtufen zwiſchen regulärem und irregulärem Depoſitum im allgmeinen . . . . . 376—377

1. (Reguläres) Summendepoſitum . . . . 377—389

Zuſatz. Zur juriſtiſchen Conſtruction des „Summendepoſitums“ . . . . . 381—389

§ 55. 2. Das Vermengungsdepoſitum (Sammeldepot) . . . . . 389—394

3. Sog. „safe deposits“ bei Banken 394

V. Die Gaſtaufnahme . . . . . 395—418

§ 56. A. Im Allgemeinen . . . . . 395—399

1. Haftung der Wirte, Schiffer und Fuhrleute 395—396

2. Begriff der Gaſtaufnahme . . . . . 396—397

3. Rechtsgrund der Haftung ex recepto . . . 397—398

Zuſatz. Unzuläſſigkeit analoger Anwendung der §§ 970 und 1316 a. b. Gb. . . 398—399

Seite

B. Im Einzelnen . . . . . 400—418

§ 57. 1. Das Zustandekommen des Vertrages . . . 400—402

2. Die Haftung aus dem Receptum . . . . 402—411

Zusatz. Haftung bis zu vis major? . . . 407—411

§ 58. 3. Ablehnung der Haftung . . . . . 412—413

4. Erlöschen der Haftung . . . . . 414—415

§ 59. 5. Deliktsklage gegen den Wirt . . . . . 415—418

2. Capitel: Der Leihvertrag.

A. b. Gb. §§ 971—982. — Kritz Pandectenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians nach den Erfordernissen einer zweckmäßigen Gesetzgebung I. Th. 2. Bd. (1837) S. 385—460; G. E. Schmidt Das commodatum und precarium (1841); Heimbach in Weiske's Rechtslex. VI S. 654—670; Ferrini Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto Romano, Arch. giurid. LII p. 469—499, LIII p. 41—73, 257—309 (1894). — Krainz II § 360. — Unterholzner II §§ 601—611; Arndts § 284; Windscheid §§ 374—376; Dernburg P. II §§ 90, 91; Pr. R. II §§ 174, 175; Förster-Eccius § 135.

I.

Begriff und Wesen des Leihvertrages.

§ 24.

Leihvertrag[1] (Leihe, commodatum) ist der Vertrag, durch welchen eine Person einer anderen eine bestimmte Sache (species) unentgeltlich zum Gebrauche auf eine bestimmte Zeit überläßt (§ 971). Das a. b. Gb. nennt die beiden Contrahenten „Verleiher" (§§ 976, 977 u. a.) und „Entlehner" (§§ 972, 973 u. a.); gemeinrechtlich führen sie die Namen „Commodant" und „Commodatar".[2] Der geliehene Gegenstand heißt „Lehnstück" (§§ 980, 982).

Die Legaldefinition (§ 971) spricht ausdrücklich nur von der Übergabe „einer unverbrauchbaren Sache". Nun ist die „Verbrauchbarkeit", wie die Vertretbarkeit, eine objective Eigenschaft[3] gewisser Sachen, vermöge deren diese durch ihren bestimmungsgemäßen, „gewöhnlichen" (§ 301) Gebrauch zerstört oder verzehrt werden. Sachen dieser Gattung würden daher nach dem Wortlaute des § 971 niemals Gegenstand eines Leihvertrages sein. Dennoch können auch solche

[1] Der Name ist dem Pr. L. R. I, 21 § 229 entnommen; im D. Entw. § 549 heißt das Geschäft, wie im Sächs. Gb. § 1173, „Gebrauchsleihe", im Entw. 2. Lesung (§ 538) „Leihe", „Leihvertrag", im Code Art. 1874 „prêt à usage". In sonderbarer Ausführlichkeit sprach über die Namensfrage Wg. Gb. III §§ 74—78, wozu Zeiller (bei Ofner II S. 34) mit Recht bemerkte, das „gehöre mehr in ein Lexikon oder höchstens in ein Lehrbuch".

[2] Pr. L. R. l. c. § 236: „Leiher". D. Entw. §§ 552 f.: „Entleiher".

[3] Vgl. oben § 7 N. 5; ungeschickt daher die Formulierung bei Stubenrauch (von hier ab cit. nach der 6. Aufl.) zu § 971: eine „mit Rücksicht auf den zu machenden Gebrauch unverbrauchbare Sache". Über das Verhältnis von Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit s. oben § 2 N. 14.

Dinge zu einer, wenngleich nicht „gewöhnlichen", Verwendung geliehen werden, derart, dass sie nach gemachtem Gebrauche unversehrt wieder zurückgestellt werden,[4] und zweifellos wollte das Gesetz dies Rechtsverhältnis nicht für unzulässig oder rechtlich wirkungslos erklären. Das entscheidende liegt also lediglich in der Zweckbestimmung, der causa, unter der die Sache gegeben wird: sie wird als Individuum (species)[5] geliehen, nicht, wie bei einem Darlehen, als „Capital".[6] Aus diesem Vertragszweck ergibt sich von selbst die Verpflichtung des Entlehners, „nach Verlauf der Zeit eben dieselbe Sache zurückzustellen" (§ 972). In die Definition des Rechtsgeschäfts gehört die Anführung dieser Rechtsfolge ebensowenig,[7] wie sie in dem concreten Leihvertrag ausgesprochen zu sein braucht.

Wesentlich ist dem Leihvertrag die Gebrauchsüberlassung „auf eine bestimmte Zeit" (§ 971), eine gewisse Dauer des Gebrauchs, mag diese Zeit im Vertrage direct oder indirect,[8] durch den Zweck oder die Art des Gebrauches (§ 973), zum Ausdrucke kommen. Darin liegt die Grenze zwischen Leihvertrag und precarium.[9]

---

[4] Z. B. „ad pompam vel ostentationem": L. 3 § 6 L. 4 D. commod. 13, 6; vgl. Rippel Material. I S. 151.

[5] Vgl. L. 1 § 3 D. de O. et A. 44, 7, § 2 J. quib. mod. re contr. 3, 14: „de ea re ipsa". Dasselbe drückt füglich die von anderen vorgezogene Formulierung „Gebrauch salva substantia" (Wendt S. 592, Rippel l. c. S. 151) aus. Die Definition des a. b. Gb. sieht nur auf die gewöhnlichen Fälle und ist deshalb zu enge, vgl. Kritz S. 456, Kirchstetter (4. Aufl.) S. 502 N. 1; besser noch, in der Begriffsbestimmung diesen Punkt ganz zu übergehen, wie Pr. L. R. I, 21 § 229, Kritz S. 385; vgl. noch unten N. 7.

[6] S. oben § 2.

[7] Richtig bemerkt dies auch Kritz S. 387. Zu definieren ist, wie bereits oben S. 6 f., S. 16 ausgeführt, der Thatbestand des Geschäfts, dieser aber ist individualisiert durch dessen causa, bei dem Realcontract durch die causa der Hingabe (vgl. oben S. 40, Wendt S. 591), bei der Leihe speciell durch das „utendum dare" (L. 1 § 1 D. h. t.) einer Sache als species (vgl. dazu Ferrini p. 41 s.). Die übliche Hereinziehung der Rechtsfolge der Verpflichtung zur Rückstellung derselben Sache (z. B. bei Arndts § 284, Windscheid § 374, Dernburg P. II § 90 oder Sächs. Gb. § 1173) hat in der That nur den Zweck darauf hinzuweisen, dass der Gebrauch „salva substantia" gemeint sei. Ganz correct aber ist im a. b. Gb. jener Satz nicht in die Begriffsbestimmung (§ 971), sondern unter die Rubrik der Rechtswirkungen des Commodats (972) gestellt. — Falsch ist es jedenfalls, wenn Kirchstetter l. c. gar nicht von Gebrauchsüberlassung, sondern lediglich von „Überlassung des natürlichen Besitzes auf einen bestimmten Zeitraum" spricht; da fehlt jede Charakteristik des Leiheverhältnisses.

[8] „Stillschweigend", wie Zeiller III S. 215, Stubenrauch II zu § 973 das nennen.

[9] Vgl. Pr. L. R. I, 21 § 230: „Es gehört zum Wesen dieses Vertrages, dass die Zeit der Rückgabe entweder in sich selbst, oder durch die Art, oder den Zweck des eingeräumten Gebrauches bestimmt sei." Dies, nicht aber die Bestimmtheit der Gebrauchsart — wie Schmidt S. 181 (vgl. S. 161 ff.) und neuestens Ferrini p. 50 ss. will, aber auch Glück XIII S. 430, Windscheid II S. 445 andeuten — ist das unterscheidende Merkmal des Leihvertrages gegenüber dem Precarium; vgl. Krainz II, 1 S. 205 N. 5. Genaueres

Wesentlich ist ferner die Unentgeltlichkeit der Leihe. Darin liegt die Grenze gegen Miete oder mietsähnliche Innominatcontracte.[10] Vermöge seiner Unentgeltlichkeit ist denn auch das Commodat nicht geeignet zum selbständigen Handelsgeschäfte;[11] es bleibt stets Gefälligkeit, ein Freundesgeschäft.[12]

Zur Charakterisierung des definierten Verhältnisses sind noch im Einzelnen folgende Punkte hervorzuheben.

§ 25.

1. Im a. b. Gb. ist die Leihe als **Realcontract** gestaltet. Sie „entsteht" (§ 971, 1. Satz) durch die Hingabe zum Gebrauch; von da ab treten die Normen des Commodats in Kraft (§§ 972 ff.). „Der Vertrag, wodurch man jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag" (§ 971, 2. Satz) — sondern ein Vorvertrag, für welchen § 936 maßgebend ist.[1] Zusatz.

Dieser Vorvertrag wird, da das Leiheverhältnis seinem Wesen nach unentgeltlich ist, fast ausnahmslos nur im Interesse des Entlehners geschlossen, daher ein einseitiger,[2] lediglich den Verleiher bindender sein: pactum de commodando. In der That gedenkt § 971 nur dieses Falles. Gleichwohl kann nicht behauptet werden, dass nicht die Leihe auch einmal einem Interesse des Gebers dienen,[3]

darüber s. unten § 37 und unten S. 226. D. Entw. (§§ 549, 555) nimmt zwar die Bestimmtheit der Zeit in die Charakteristik der Gebrauchsleihe auf, doch ist dies ohne jedes praktische Interesse, da nach § 558 Entw. schlechthin dieselben Normen auch für die Gebrauchsüberlassung auf beliebigen Widerruf gelten sollen; vgl. darüber unten § 37 N. 39. Die Bemerkung von Ludw. Goldschmidt Krit. Erörter. I S. 97 trifft gerade diesen Punkt nicht.

[10] Vgl. Wg. Gb. III § 79, L. 5 § 12 D. h. t. Dass die Contrahenten auch bei Entgeltlichkeit des Geschäftes (z. B. der Leihbibliothek) von „Leihe" reden, verschlägt nichts; auf solche Fälle passen eben die Normen des Commodats nicht, und der Vorwurf, den Gierke D. Entw. eines brgln. Gb. S. 245 in dieser Beziehung dem D. Entw. macht, dürfte nicht begründet sein. Noch weniger geht es wohl an, in dieser Richtung, mit sächs. Gb. § 117 5, die Parteiabsicht entscheiden zu lassen.

[11] Vgl. Dernburg Pr. R. II S. 10: „Liberalitäten sind keine Handelsgeschäfte."

[12] Vgl. dazu oben S. 19. — Vielleicht auch nur deshalb tauchen im Gebiete des Commodats schwierige Rechtsfragen, die immerhin existieren, selten auf, und konnte Ulpian (in L. 1 § 1 D. h. t.) sagen: „hujus edicti interpretatio non est difficilis."

[1] Dass § 971 nicht wie § 983 den § 936 ausdrücklich beruft, kann kein Bedenken erregen. Vgl. nur Zeiller l. c. S. 212.

[2] Über die verschiedenen Arten von Vorverträgen s. oben § 22.

[3] S. Beispiele in L. 5 § 10 D. h. t. (auch L. 5 § 14 ibid., dazu unten S. 190); vgl. oben S. 44 N. 45. Indirect anerkennt dies übrigens § 977: „fällt die frühere Zurückgabe dem Verleiher beschwerlich, so kann sie wider seinen Willen nicht stattfinden"; vgl. Zeiller l. c. S. 218.

und daher ein den Entlehner bindendes Versprechen der Annahme gedacht werden könne.[4]

Überhaupt aber werden pacta de commodando im praktischen Leben keine große Rolle spielen. Ist, wie bemerkt, schon die Leihe selbst ein Freundesgeschäft, so werden sich vollends die auf ein solches bezüglichen Vorberedungen in aller Regel der streng juristischen Beurtheilung entziehen. Sie werden im Zweifel als unverbindlich betrachtet werden müssen.[5] Von einigem Interesse sind vielleicht nur Fälle nachstehender Art.[6] War eine Sache zu einem bestimmten Gebrauche geliehen, und läßt sie nach gemachtem Gebrauche der Verleiher auf dessen Ansuchen bei dem Entlehner zu späterem nochmaligem Gebrauche, so kann das einfach als *Verlängerung des Leiheverhältnisses* erscheinen — und im Zweifelsfalle dürfte dies anzunehmen sein; es kann darin aber auch die Absicht zu Tage treten, die abgelaufene Leihe auf sich beruhen zu lassen, und eine *neue* zu verabreden, die erst mit jenem für den späteren Gebrauch in Aussicht genommenen Zeitpunkte beginnen soll. Für die Zwischenzeit liegt dann kein Leihvertrag vor, sondern ein pactum de commodando,[7] daneben aber, soferne die Sache in der Gewahrsame des Entlehners bleibt, zumeist ein Verwahrungsvertrag,[8] welcher erst mit dem Augenblicke, wo in Erfüllung jenes Vorvertrages der neuerliche Gebrauch der Sache beginnt, in eine Leihe übergeht (§ 959).[9]

Zusatz. Die Natur der Leihe als **Realcontract** ist in § 971, wie in den §§ 983, 957 und 1368 für das Darlehen, das Depositum

---

[4] Vgl. noch neuestens Adler Jahrb. f. d. Dogm. XXXI S. 246; Kohler Arch. f. brgl. R. II S. 218. Das sächs. Gb. § 1174 gedenkt ausdrücklich des Falles.

[5] Darüber, daß die dem Realcontract vorausgehende Beredung nicht immer ein bindender Vorvertrag sein müsse, s. Eisele Ztschr. f. schweiz. R. N. F. III S. 5, vgl. oben S. 174.

[6] Schon Labeo (L. 5 § 14 D. h. t.) hat sie behandelt. Eine andere Anwendung s. bei Zeiller l. c. S. 215: Bei Leihe ohne directe Zeitbestimmung dringt der Verleiher auf Vornahme des Gebrauches ohne Aufschub (§ 973) und nimmt, dafern ein wirkliches Hindernis dagegen obwaltet, die Sache vorläufig zurück, „wodurch der Leihvertrag in die Verabredung eines künftigen Leihvertrages übergeht."

[7] Die Unterscheidung der beiden Fälle ist praktisch wichtig. Besteht ein (verlängertes) Leiheverhältnis, so kann die Sache vor der Zeit in der Regel nicht zurückgefordert werden (§ 976), liegt aber bloß ein pactum de commodando vor, so kann bei geänderten Verhältnissen (§ 936) die verheißene Gebrauchsüberlassung noch verweigert werden. Insbesondere genügt letzteren Falles die Besorgnis des Mißbrauchs, während im ersteren nur wirklich geschehener Mißbrauch (§ 978) ausnahmsweise die Rücknahme rechtfertigen würde.

[8] Würde die Sache ohne Einverständnis des Entlehners bei ihm gelassen (vgl. unten S. 300), so bestünde für die Zwischenzeit keinerlei vertragsmäßige Haftung desselben, was wegen der Beweislast (§ 1298) im Falle einer Beschädigung der Sache nicht gleichgiltig wäre.

[9] Vgl. dazu noch unten § 51.

und den Pfandvertrag, auf das deutlichste charakterisiert durch die scharfe Entgegenstellung des bezüglichen Vorvertrages. Das Wesen dieses Gegensatzes ist in der Lehre vom Darlehen (oben § 4, I.) erörtert.[10] Hier ist dem nicht viel beizufügen. Das Commodat wird auch von solchen als Realvertrag betrachtet, welche sonst für das moderne Recht die Existenz der Realverträge leugnen.[11] Und in der That kommen die Momente, welche die Natur des Realcontractes bestimmen,[12] hier besonders klar zur Geltung: 1. Vermöge der nothwendigen Unentgeltlichkeit des Leihvertrages kann (zum Unterschiede von Darlehen und Depositum) hier von Verpflichtungen des Entlehners vor Empfang der Sache gar nicht die Rede sein.[13] — 2. Noch deutlicher als beim Darlehen zeigt es sich hier, dass „leihen" gerade das Geben einer Sache unter einer bestimmten causa[14] — Gebrauchsüberlassung auf bestimmte Zeit — bedeutet, im Gegensatze zum Geben unter einer anderen causa, welche definitive Übertragung ins Vermögen des Empfängers verlangt, wie vor allem die Schenkung. Einfach aus der in jener causa gelegenen Schranke aber ergibt sich die obligatorische Wirkung der Hingabe, die Pflicht zur Rückstellung nach gemachtem Gebrauche.[15] Selbst im a. b. Gb. klingt dieser Gedanke an in dem Wörtchen „blos" in § 971: Wenn eine Sache „blos zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben wird" — der Gegensatz zur Schenkung, als der „unentgeltlichen Überlassung einer Sache" schlechthin (§ 938) ist hier unverkennbar.[16] — 3. Dass endlich bei einem Gefälligkeitsgeschäfte, wie es das Commodat ist, das Versprechen der Hingabe gerechter Weise nicht schon unter die volle Strenge des Rechtes gestellt[17] werden, sondern höchstens ein minder festes Band, wie es nach § 936 eben der Vorvertrag ist, bilden darf, dem müssen selbst diejenigen Rechnung tragen, welche die Theorie des Consensualcontractes hier durchzuführen versuchen.[18]

---

[10] Zu der dort angeführten Literatur vgl. jetzt noch Bekker P. II § 95 Beil. I (welcher „vor anderen" Eisele beistimmt), Adler Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 190 ff., Wendt Jahrb. f. d. Dogm. XXII S. 381 ff.

[11] So Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 14; füglich auch Demelius Jahrb. f. Dogm. III S. 409.

[12] S. oben S. 44 f.

[13] Vgl. Kritz S. 455 N. **). — Die Frage, ob denn nicht die Leihe je nachdem sie gegen oder ohne Entgelt vorkommt, bald als Consensual-, bald als Realvertrag erscheine (oben S. 45, vgl. Bekker P. II S. 99, Eisele l. c. S. 21), macht deshalb hier keine Schwierigkeit, oder richtiger, sie ist durch das Gesetz bejaht, weil dieses die Sachmiethe als negotium sui generis vom Commodat scheidet (vgl. Wg. Gb. III § 79). Was die Verpflichtung des Verleihers betrifft s. unten N. 17 u. 18.

[14] Vgl. L. 1 § 1 D. h. t., Wendt l. c. S. 383 und oben § 4 N. 47.

[15] Im Cod. Ther. III, 5 Nr. 3 (Wg. Gb. III § 80) war das deutlich gesagt.

[16] Vgl. dazu Ofner II S. 34, Zeiller l. c. S. 212.

[17] Erst mit der wirklichen Hingabe „geritur invicem negotium", während es früher „officii magis quam necessitatis est commodare": L. 17 § 3 D. h. t.

[18] So Dresd. Entw. Art. 600, sächs. Gb. § 1174 (anders Schweiz. O. R. Art. 321). — Eben deshalb kommt die äußere Aneinanderreihung von Vorvertrag und Realcontract mit der Zusammenziehung beider in ein (Consensual-) Geschäft doch nicht auf dasselbe hinaus, wie Eisele l. c. S. 26, Demelius l. c. S. 407 sagen. Das verkennt auch die oben citierte Note von

§ 26.

2. Gegenstand der Gebrauchsüberlassung im Leihvertrage können sein

a) körperliche Sachen,

u. zw. bewegliche oder unbewegliche — das Gesetz macht diesbezüglich keinen Unterschied —;[1]

vertretbare[2] und verbrauchbare so gut wie nicht vertretbare und unverbrauchbare, erstere, wie oben (S. 187 f.) bemerkt, allerdings nur mit der Bestimmung zu einem andern als ihrem „gewöhnlichen" Zwecke.[3]

Zusatz 1. Auch **Verkehrsfähigkeit** der Sache ist nicht schlechthin erforderlich, da das „Leihen" keine Veräußerung,[4] insbesondere keine entgeltliche Veräußerung involvirt. Nur insoweit, als ihre rechtliche Natur der in Frage kommenden Gebrauchsart oder der Überlassung des Gebrauches an die in Frage kommende Person entgegensteht, ist der Leihvertrag über res extra commercium ungiltig.[5]

Aus demselben Grunde, weil nämlich die Hingabe (res) bei dem Commodat nicht, wie etwa beim Darlehen, Übertragung eines Rechts an der Sache ist, sondern bloße Überlassung der Detention, setzt der Leihvertrag nicht Eigenthum des Verleihers voraus. Auch durch Hingabe einer fremden Sache, mag der Übergeber vom Eigenthümer dazu ermächtigt[6] sein oder nicht, und mag er sich in gutem oder bösem Glauben befinden, kommt ein giltiger Leihvertrag zustande[7]; der Entlehner haftet dem Geber[8] vertragsgemäß für

---

Kritz S. 455 f. zu § 971. — Der D. Entw. § 549 scheint das Commodat als Realcontract zu fassen, will aber absichtlich (s. D. Mot. II S. 444) nicht recht Farbe bekennen.

[1] Schon die späteren römischen Juristen hatten bezüglich der Immobilien Bedenken nur mehr terminologischer Natur (L. 1 § 1 D. h. t., vgl. Ferrini p. 41 n. 1, Pernice Labeo I S. 429 f., Karlowa Röm. Rechtsgesch. II S. 601 f.); ähnlich Zeiller l. c. S. 212.

[2] § 971 betont das Moment der Verbrauchbarkeit, und in der That liegt darin der Gegensatz zum Darlehen (vgl. oben § 24); es dürfte daher gerade hier nicht am Platze sein, so wie es der italienische Text des a. b. Gb. thut, im Hinblicke auf die bekannte Verwechselung von Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit im a. b. Gb. (s. oben § 2 N. 3) im Gesetzestexte die „Nichtvertretbarkeit" zu substituieren.

[3] Vgl. Ferrini p. 68; Now. III 171. Ein lustiges Beispiel eines Commodats von Geld s. bei Höpfner Comm. über die Heineccischen Institutionen § 770.

[4] Wie das Darlehen; vgl. ob. § 2 N. 16.

[5] Einzelne Fälle s. im Zus. 1.

[6] So etwa der Commodatar zur Weiterverleihung (§ 978). — Ein anderes wäre die Bevollmächtigung dazu, die Sache im Namen ihres Eigenthümers zu verleihen, so dass letzterer aus dem Contracte berechtigt würde; vgl. oben § 9 N. 12.

[7] Also selbst wenn der Dieb die gestohlene Sache verleiht (L. 15, L. 16 D. h. t.) oder ein ungetreuer Depositar (§ 965); vgl. Ferrini p. 63.

[8] Welcher seinerseits (s. vorige Note) dem Eigenthümer haften mag. Über die Art des Eingreifens des Satzes „Hand wahre Hand" in solchen Fällen s. Exner Rechtserw. d. Tradition S. 68 N. 64.

custodia und **Rückgabe der fremden Sache.** Auch der Umstand Zusatz 2.
ändert nichts an der Giltigkeit des Leihvertrages und insbesondere an der Pflicht zur Rückgabe, daſs die geliehene Sache Eigenthum des Entlehners ist — so wenn dieser in der Lage war, die eigene Sache von jemand zu entlehnen, dem ein Gebrauchsrecht oder doch die Detention derselben zustand, aber nicht minder, wenn er sich im Irrthum über sein Eigenthum befand (arg. § 1093 und § 1109).[9] Ein anderes ist es, daſs nachträglicher Erwerb des Eigenthums durch den Entlehner die Erlöschung des Commodats bewirkt und als solche dem Rückforderungsanspruche des Verleihers entgegengehalten werden kann.[10]

Zusatz 1. Zur Lehre von der **Verkehrsfähigkeit** der Sachen wäre trotz der Förderung, welche sie zweifellos in neuerer Zeit erfahren hat,[11] erst noch manches herauszuarbeiten, um zu einem Abschlusse für das moderne Recht[12] zu gelangen. An dieser Stelle soll aber nur auf einen Punkt hingewiesen werden, auf dessen Betrachtung gerade die Untersuchung der Leihgeschäfte hindrängt, um von dieser Seite her einen kleinen Beitrag zur allgemeinen Theorie zu liefern. — Man ist heute füglich darüber einig, daſs die „Extracommercialität" nicht gleichbedeutend ist mit „Eigenthumsunfähigkeit." Nicht jedes Verkehrsverbot schließt das Eigenthum an der Sache aus; es fragt sich aber, welche Verkehrsgeschäfte durch das Verbot getroffen werden, und ob denn auch nur umgekehrt ein Eigenthumsverbot jedes Rechtsgeschäft bezüglich der Sache unmöglich macht. Was nun obligatorische Verträge betrifft, so wird noch immer etwas unvorsichtig der Satz aufgestellt: Die Verpflichtung ist ungiltig, wenn sie eine dem Verkehre entzogene Sache zum Gegenstande hat.[13] Auch das a. b. Gb. § 878 ergiebt a contrario

[9] Nach römischem Rechte ist das Commodat im ersteren Falle giltig (Windscheid II S. 446), nicht aber im zweiten (L. 15 D. dep. 16, 3, cf. L. 45 D. de R. J.), ebenso nach sächs. Gb. § 1184. Randa Besitz (3. Aufl.) S. 223 N. 32 überträgt diese Lehre auch auf das österreichische Recht. Allein nach unserem Gb. kann gegen die Rückforderung aus einem Mieth- oder Leihvertrage (arg. § 1109, worüber unten S. 243) „die Einwendung des früheren Eigenthumsrechtes nicht schützen"; damit aber stünde in der That — vgl. Ferrini p. 66 — die Berufung auf Ungiltigkeit des Vertrages wegen Eigenthums des Entlehners in directem Widerspruche. So auch Krainz II, 1 S. 206 N. 7 (anders II, 2 S. 291 N. 27), und ebenso für das preußische Recht Dernburg Pr. R. II S. 495, vgl. auch Koch R. d. Fordg. III S. 428 ff.

[10] S. unten S. 245 f.

[11] Seit Wappaeus Lehre v. d. dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen (1867), besonders durch Randa Eigenthumsr. (2. Aufl.) I S. 37 ff., Bekker P. I §§ 76 ff. u. Regelsberger P. I §§ 107 ff.

[12] Schon Wächter Hdb. II S. 281 hat bemerkt, daſs man für das moderne Recht sich von der römischen Auffassung emancipieren müsse.

[13] So z. B. Unterholzner I S. 206, Hasenöhrl I (2. Aufl.) S. 438, Krainz I S. 68; aber auch Randa l. c. S. 40 spricht schlechtweg von Objecten, die „dem sachen- und obligationsrechtlichen Verkehr entzogen sind", Unger I S. 365 sagt „jedes Rechtsgeschäft, welches dieselben zum Gegenstand hat, ist null und nichtig" (freilich denkt er dabei, wie sich aus S. 362 f. ergibt, bloß an Veräußerungsgeschäfte). Besonders bedenklich ist in

die Formel: „Über Alles, was nicht im Verkehre steht, können Verträge nicht geschlossen werden". In dieser Allgemeinheit ist dies gewiss falsch.[14] Es wird nach der Art der „Verkehrsunfähigkeit"[15] und nach der Art des Vertrages zu unterscheiden sein. — 1. Die vollste Verkehrsunfähigkeit, gleichsam volle „Rechtsunfähigkeit" einer Sache besagt, dass weder Eigenthum noch ein anderes dingliches Recht an ihr möglich, dass sie aber auch nicht Gegenstand des Besitzes oder Gegenstand irgend eines Rechtsgeschäftes sein kann. Das trifft zu für die Dinge, die ihrer Natur nach sich jeder Einzelbeherrschung durch Menschen entziehen, die Luft, das Meer („in ihrer Totalität"),[16] die fließende Wasserwelle. Das ist nun in Wahrheit nicht ein Rechtssatz, sondern eine natürliche Thatsache.[17] Ob es aber für das heutige, insbesondere das österreichische Recht außer jenen Dingen auch noch solche gibt, die kraft Rechtssatzes dem Verkehre in dem angegebenen Sinne absolut entrückt sind, möchte zu bezweifeln sein.[18] — 2. Das Verbot des Eigenthums gewisser Personen, oder gar schlechthin des Privateigenthums, an gewissen Objecten ist ein davon verschiedener, aber nahezu unpraktischer[19] Fall. Die Wirkung dieses Verbotes ist Nullität nicht bloß des dinglichen Übertragungsgeschäftes, sondern im Sinne § 878 auch des auf Veräußerung des betreffenden Objects

---

dieser Richtung die Formulierung des Code Art. 1878: „tout ce qui est dans le commerce ... peut être l'objet de cette convention" (prêt à usage), wonach jeder Leihvertrag bezüglich einer jeden res extra commercium ungiltig wäre!

[14] S. dagegen schon Sintenis II S. 23 N. 21.

[15] Vgl. Wappaeus l. c. S. 2, und bezüglich der Terminologie des österreichischen Rechts Randa l. c. S. 37.

[16] Randa l. c. S. 38.

[17] Vgl. Krainz I S. 70, D. Mot. III S. 26.

[18] Vgl. Ihering Besitzwille S. 472 f.; die von Randa l. c. S. 39, Schiffner Heft III S. 5, aber auch die von Bekker l. c. S. 329 Z. 1 genannten Sachen sind keine Beispiele dafür, wie die unten S. 195 f. folgenden Bemerkungen zeigen. S. auch die folgende Note.

[19] Von persönlichen Schranken sei erwähnt die Unfähigkeit von Montenegrinern (A. h. Entschl. v. 23. Juni 1825 und Hfdkr. v. 14. Jänner 1846 J. G. S. 922) und von auf serbischem Gebiete bestehenden Stiftungen und Corporationen (Vertr. v. 6. Mai 1881 R. G. B. f. 1882 Nr. 84), Eigenthum an Grund und Boden in Österreich zu haben. — Dagegen ist bezüglich der gewöhnlich (s. bes. Randa l. c. S. 39 a—c, Schiffner l. c.) schlechthin als „eigenthumsunfähig" angeführten Sachen in Wahrheit zwar der Verkehr verboten und allenfalls Confiscation oder Vernichtung der Sachen angedroht, aber daraus folgt nicht die Unmöglichkeit des Eigenthumserwerbs (s. unten zu 4 und speciell betreffend ausländische Lose auch Krainz I S. 71 N. 6, Unger I S. 366 N. 16). Nur von „ärarischen Monturstücken" (vgl. auch Krainz I S. 71, Unger I S. 365 N. 12, während Randa l. c. gerade diese nicht für „eigenthumsunfähig" hält) muss gesagt werden, dass sie nach österr. Rechte nicht Object von Privateigenthum sein können, da die bezüglichen Vorschriften (Hfdkr. v. 5. Dec. 1800 und v. 29. Aug. 1839 bei Michel Handb. I S. 384) dem Fiscus absolutes Vindicationsrecht (verschieden von Confiscation) zusprechen. — Dass menschliche Leichname nicht veräußert werden können, beruht nicht auf ihrer Extracommercialität (wie Randa l. c. S. 39 N. 10, Schiffner l. c., Goldschmidt Handb., 2. Aufl. II S. 3 N. 3d wollen), sondern darauf, dass ihre Veräußerung contra bonos mores ist (so auch Bekker l. c. S. 331, Dernburg P. I § 69a, Regelsberger P. I S. 414). Die Möglichkeit von Rechtsverhältnissen,

gerichteten obligatorischen Vertrages.[20] Allein die leihweise (oder mietweise) Überlassung des Gebrauches an eine Person, die das Eigenthum der Sache nicht erwerben könnte, ist durch jenes Verbot nicht getroffen, sie ist daher — von Fällen einer beabsichtigten fraudatio legis abgesehen — giltig. Es liegt insbesondere auch kein formelles Hinderniss vor, da das Commodat nicht Übertragung eines dinglichen Rechts oder auch nur juristischen Besitzes voraussetzt, welche in derartigen Fällen allerdings unmöglich wäre (§ 311), sondern bloße Einräumung der Detention. — 3. Noch weniger stehen der Leihe einer Sache Veräußerungsverbote entgegen, oder gar das Verbot bestimmter, z. B. entgeltlicher, Veräußerungsarten.[21] — 4. Nicht dasselbe läßt sich sagen von gewissen — vielleicht am allerrichtigsten so zu nennenden — Verkehrsverboten,[22] welche gerade die Eigenthumsfrage unberührt lassen,[23] aber den thatsächlichen Gebrauch oder die thatsächliche Bewegung gewisser Güter verwehren oder einschränken; dahin rechne ich Einfuhr- oder Ausfuhrverbote[24] für gewisse Waren, oder das „Verbot des Handels mit bewurzelten Reben" (auf Grund § 18 Ges. v. 3. April 1875 R. G. B. 61) oder des „in Verkehr Bringens" seuchenverdächtiger Thiere (§ 7 Ges. v. 29. Febr. 1880 R. G. B. 35) u. a. m. Auf die, gewiß nicht ohne weiteres zu bejahende Frage, inwieweit diesen Verboten widerstreitende Veräußerungsgeschäfte nichtig wären, ist hier nicht einzugehen; jedenfalls ist nicht einzusehen, warum Geschäfte wie das Depositum oder die Leihe derartiger Sachen inter partes ungiltig sein sollten, genauer, warum, wenn trotz des Verbotes die Sache thatsächlich von dem Einen dem Anderen einmal übergeben ist, der Empfänger dem Geber nicht für custodia und Rückgabe ex contractu[25] haften sollte. Wird doch gerade mit Rücksicht auf seine eigene gesetzliche Verantwortlichkeit letzterer daran das größte Interesse haben. Aber auch der Geber wird — im Falle eines Leihvertrages — sich nicht auf jene Verbotsgesetze berufen dürfen, um gegen seine Zusage die Sache vor der Zeit zurückzufordern; dass in vielen dieser Fälle beiden Theilen Strafe, beiden die Beschlagnahme der Sache droht, kann daran nichts ändern. Das Gesagte gilt insbesondere aber auch für die Gegenstände, deren „Haben" schlechthin verboten ist. Auch damit ist die Möglichkeit des Eigenthumsrechts nicht negiert; die angedrohte Confiscation spricht eher für als gegen dieselbe, und es ist kaum zutreffend, diese Dinge geradezu unter die oben zu 1 besprochene Kategorie der

---

deren Object Leichname bilden, scheint denn auch die Entscheidung G. H. 1893 Nr. 20 nicht auszuschließen; vgl. auch die J. Bl. 1880 Nr. 32 angeführten Fälle aus der Judicatur amerikanischer Gerichte.

[20] Vgl. auch § 1048.

[21] Wie es z. B. für Reliquien nach Hfdkr. v. 25. Nov. 1826 J. G. S. 2234 gilt; vgl. Unger I S. 366, Randa l. c. S. 52.

[22] Der Ausdruck findet sich z. B. im Ges. v. 29. Febr. 1880 R. G. B. 35, Marg. Rubr. zu § 7 (vgl. auch § 5 ebend.).

[23] Vgl. Unger I S. 370 N. 36.

[24] Randa l. c. S. 39 scheint jedes Einfuhrverbot als Verbot des Eigenthums aufzufassen, ebenso Schiffner l. c.

[25] Über den Unterschied zwischen der contractlichen und außercontractlichen Haftung s. unten § 29 Zus.

absolut „rechtlosen" zu zählen, oder auch nur zu den „eigenthumsunfähigen" (oben zu 2).[26] Ein Verwahrungs- oder Leihvertrag z. B., ausländische Lotterielose[27] betreffend, darf nicht als ungiltig bezeichnet werden; dass deren Inhaber Strafe droht und dass dieselben bei dem Depositar oder Commodatar confisciert werden können, kommt nur insoferne in Betracht, als dies ein casus ist, mit dem der Übergeber rechnen musste, den also der Empfänger nicht zu verantworten hat. — Anders geartet dürften nur die Fälle sein, wo das Verbot des „Habens" oder Gebrauches persönlich beschränkt ist,[28] namentlich wenn gerade dem Empfänger der Besitz solcher Sachen untersagt, während er dem Geber gestattet ist, z. B. der Besitz verbotener Waffen (§ 8, Pat. v. 24. October 1852 R. G. B. 223). Das Depositum wird auch hier gelten können, nicht aber die Leihe an einen Nichtbefugten; sie verstößt direct gegen das Gesetz und der Verleiher muß trotz seiner Zusage (§ 976) die Sache je eher zurückverlangen dürfen. — 5. Wieder verschieden sind die Verhältnisse der res publicae und res sacrae des heutigen Rechts. Sie sind richtiger Ansicht nach Gegenstand des Eigenthums, auch des Privateigenthums,[29] daher auch von Veräußerungsgeschäften, aber sie bleiben stets „objectiv gebunden"[30] durch ihre Widmung für den usus publicus, bezw. durch die Weihe zum Gottesdienst. Kein Zweifel, dass ein Vertrag wie das depositum dieser Widmung nicht widerstreitet, ja in deren Interesse unter Umständen geradezu nothwendig werden kann. Bei einem Vertrag aber, der auf Gebrauchsüberlassung abzielt, Miete oder Leihvertrag, wird alles darauf ankommen, ob der zu überlassende Gebrauch mit jener Widmung vereinbar ist oder nicht. Ersteren Falles ist der Vertrag giltig, letzteren Falles ungiltig, weil vermöge der „objectiven Gebundenheit" der Sache auf eine rechtlich unmögliche Leistung gerichtet. So kann beispielsweise ein öffentlicher Platz von der Gemeinde zur Errichtung von Buden vermietet oder verliehen werden,[31] so kann gewiss eine Kirche einer anderen heilige Geräthe zu kirchlichen Zwecken leihen.[32] — Mit diesen Ausführungen dürfte der im Text (S. 192) für die Leihe von res extra commercium formulierte Satz gerechtfertigt sein.

---

[26] So Bekker l. c. S. 332, allerdings „dahingestellt, ob ein und dieselbe Construction auf alle passen würde", auch Wächter II S. 281 N. 6; vgl. dazu oben N. 18 u. 19.

[27] Obgleich deren „Besitz und Inhabung" durch Hfdkr. v. 7. Juni 1826 unter Strafe gestellt ist. Andere Beispiele: die bei Schiffner l. c. unter 1B angeführten Fälle.

[28] Z. B. verbotene Waffen, Gifte (vgl. Schiffner l. c. S. 18). Im Geiste des a. b. Gb. (§ 356) dürfte in der That auch hier von einer Verkehrsbeschränkung, die der Sache anhaftet, zu reden sein; vgl. auch Unger l. c. S. 370 gegen Randa l. c. S. 37 N. 3.

[29] Vgl. für das österr. Recht insbes. Randa l. c. S. 46, 48, Krainz I S. 304 f., Burckhard in Grünhuts Ztschr. XV S. 611 ff. (a. M. Roztočil J. Bl. 1887 Nr. 20).

[30] Bekker l. c. S. 338; vgl. Randa l. c. S. 46 N. 23.

[31] Vgl. gegen Roztočil l. c. Skwarczynski Öst. Ztschr. f. Verwalt. 1886 Nr. 43.

[32] Über Gebrauchsrechte an Kirchensitzen s. die widersprechenden Entscheidungen bei Manz § 355 N. 1 und

Zusatz 2. Die Situation des Entlehners in Bezug auf die **Rückgabe der fremden Sache**, die ihm geliehen ist, verdient eine nähere Beleuchtung, weil dieselben Fragen überall dort auftauchen, wo ein Schuldner auf Grund des Obligationsverhältnisses Vermögensobjecte in Händen hat, die ihm vom Gläubiger anvertraut sind, sich aber als einem Dritten gehörig erweisen — so etwa bei Depositum oder Mandat.[33] Auf den ersten Blick scheint die Rechtslage in diesen Fällen widerspruchsvoll. Das Commodat ist, wie oben (S. 192) ausgeführt wurde, giltig auch, wenn die geliehene Sache Eigenthum eines Dritten ist; der Entlehner soll also selbst, wenn er erst hinterher erfährt, dass er gestohlenes Gut besitzt, verpflichtet sein, die Sache dem Verleiher, den er nun vielleicht als den Dieb erkennt, auf sein Verlangen zurückzugeben! Das klingt gewiss bedenklich. Und doch muß das Gesetz darauf bestehen. Die Vertragstreue darf nicht unter dem Vorwande gebrochen werden, dass der Gegner einem Dritten gegenüber im Unrecht sei.[34] Davon mag unter Umständen ein Dieb Vortheil ziehen, allein das Recht muss diese leidige Folge mit in den Kauf nehmen, wenn anders es die ehrlichen Leute sichern will.[35] Die folgenden Bemerkungen sollen zeigen, daß das a. b. Gb. wirklich auf diesem Standpunkte steht,[36] dass aber auch praktisch die Sache nicht unerträglich ist. — Man muss unterscheiden: 1. Wird der Entlehner von dem Dritten, dem Eigenthümer der Sache, um dieselbe angegangen, so kann und muss[37] er sich gegen dessen Klage (reivindicatio) decken durch nominatio auctoris: § 375.[38]

§ 311 N. 11; im Sinne des Textes auch D. R. G. VII S. 137; Hinschius Kath. Kirchenr. IV S. 168 f. Vgl. auch Glück XIII S. 459.

[33] Ganz ähnliche Fragen ergeben sich auch für den Schuldner aus einem Inhaberpapier, dem dieses von einem unrechtmäßigen Besitzer zur Zahlung präsentiert wird; muß er, darf er das Papier anhalten? S. darüber nur Brunner in Endemanns Hdb. II S. 211 ff., D. Entw. § 687 und dazu Koch in Bekker u. Fischer Beitr. z. Erl. d. Entw. IV S. 37 f.

[34] Vgl. L. 31 § 1 D. depos. 16, 3 (Tryphoninus): „Bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, ... aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quos id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis .... Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem .... mihi reddenda sunt, quo (cui) facto scelestissimo adempta sunt .... quod si ego ad petenda ea non veniam nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit."

[35] Ähnlich wie dies vom Besitzschutze gilt — vgl. Jhering Grund d. Besitzschutzes S. 54 f. — und von Ordre- oder Inhaberpapieren, auf welche schon Jhering l. c. S. 55 selbst hingewiesen hat; vgl. auch Brunner l. c. S. 212, Grünhut in seiner Ztschr. XIX. S. 301.

[36] Zeiller betont, zunächst mit Bezug auf den Ausschluß des Retentionsrechts (§ 1440), die „Heiligkeit" des Vertrages (Ofner II S. 245) und die Sorge für „das wechselseitige Zutrauen der Mitbürger" (Comm. IV S. 170).

[37] Die laudatio auctoris ist gegen den Kläger ein Recht, gegen den Auctor eine Pflicht: Bangerow I S. 646, Randa Besitz S. 236 N. 14a; vgl. auch Zeiller II S. 150.

[38] Noch das Wg. Gb. III § 82 gedachte der „Nennung des Vormannes" speciell beim Commodat, ebenso bei Depositum und Miete (III § 134 § 226), woraus dann § 375 a. b. Gb. entstand (s. Ofner II S. 296 f.); der Hinweis

Er braucht also nur auszuweisen, dass und von wem er die Sache leihweise innehabe, um die Klage des Eigenthümers von sich ab und gegen den Verleiher zu wenden.[39] — 2. Fordert aber der Verleiher die Sache früher[40] zurück (actio commodati), so kann ihm der Entlehner das angebliche Recht eines Dritten nicht entgegensetzen, er hat keine „exceptio ex jure tertii".[41] Natürlich kann er, und als gewissenhafter Mann wird er in vielen Fällen, die Herausgabe der Sache thatsächlich verweigern, vielleicht zugleich der Behörde von dem vermutheten Delict Anzeige erstatten — nicht um selbst länger Gebrauch von der Sache zu machen, sondern um dem Dritten die Möglichkeit der Rückerlangung seiner Sache zu sichern, die gefährdet wäre, wenn diese wieder dem Verleiher ausgeliefert würde. Dabei trennen sich wieder zwei Fragen: a) Ist der Entlehner dazu verpflichtet? Nein. Nicht vom Standpunkte allgemeiner Bürgerpflicht; ist man doch, von Ausnahmefällen abgesehen, selbst zur Anzeige von Verbrechen nicht verpflichtet. Aber auch nicht gegenüber dem dritten Eigenthümer, zu dem er in keinerlei Obligationsverhältnis steht, dem er aber auch nicht kraft dinglichen Anspruchs verhaftet ist.[42] Wenn er also die Sache gleichwohl vor dem Verbrecher zu schützen sucht, so handelt er freiwillig im Interesse des Eigenthümers, als dessen negotiorum gestor. — b) Ist er dazu (dem Verleiher gegenüber) berechtigt? Gleichfalls nein. Er verweigert die Herausgabe der entlehnten Sache auf eigene Gefahr; er haftet dem Verleiher für den Schaden, wenn er ihm solchen durch die Verzögerung[43] oder sonst verursacht[44] (§ 979), wobei er allerdings gegen den Dritten, soferne seine negotiorum gestio eine „nützliche" war, Regreß nehmen mag.[45] — All' dies gilt auch für die Frage, ob der Entlehner bei Verdacht gegen die Berechtigung des Verleihers, die Sache gerichtlich deponieren dürfe. Da er trotz etwaigen Eigenthums eines Dritten, so lange dieser ihn nicht belangt, dem Verleiher zur Restitution verbunden ist, so ist solche Hinterlegung

auf die gerichtliche Hinterlegung entfiel mit Rücksicht auf § 348 (vgl. unten N. 46).

39 Übernimmt der Auctor den Proceß nicht, so läuft derselbe gegen den Entlehner fort (Randa l. c. S. 237 N. 14 b, Krainz II, 2 S. 91), damit ist aber auch dieser, falls er unterliegt, der Verantwortlichkeit gegen jenen ledig.

40 Cf. L. 31 § 1 dep. cit., Cod. Ther. III, 5 Nr. 11. Anders, wenn bereits die Eigenthumsklage des Dritten gegen den Entlehner angebracht ist; dann allerdings kann dieser sich nur mehr (vgl. § 378) dadurch helfen, dass er die Sache dem Gerichte behufs provisorischer Verfügung über dieselbe übergibt: § 348.

41 Das ergibt auch § 348, nach welchem selbst, wenn schon beide Ansprüche — des Eigenthümers und des Verleihers — gegen den Entlehner anhängig sind, die Sache provisorisch dem letzteren zuzuweisen ist, so dass dem ersteren die Rolle des Klägers bleibt; vgl. Zeiller II S. 100.

42 Genauer, er haftet gemäß § 375 nur mit dem Vorbehalte der laudatio auctoris; vgl. oben N. 39.

43 War der Verleiher bonae fidei possessor, so entgehen ihm die Nutzungen der Zwischenzeit (§ 329 § 330).

44 Etwa, falls die Sache ohne Noth zu Gericht erlegt wurde, die Depositionskosten.

45 Wenn der Verleiher wirklich durch Delict in den Besitz der Sache gekommen war, dann wird er freilich keinen Schaden nachweisen können, weil er dann nach § 335 nicht nur keinen Anspruch auf die Nutzung der Sache, sondern

nicht „rechtmäßig“[46] (§ 1425); sie befreit ihn daher nicht von seiner Haftung[47] und überwälzt nicht die Gefahr auf den Verleiher. Der Entlehner kann also auch dies Mittel lediglich auf eigene Gefahr, als negotiorum gestor des Dritten, versuchen.[48]

§ 27.

b) Unkörperliche Sachen (Rechte) können gleichfalls Gegenstand des Leihvertrages sein[1] — unter der doppelten Voraussetzung, daſs sie einen dauernden Gebrauch zulassen,[2] und daſs sie nicht höchstpersönlicher Natur sind in dem strengen Sinne, welcher nicht bloß die Übertragung des Rechts, sondern auch dessen Ausübung durch einen anderen ausschließt.[3] Der Wortlaut der Legaldefinition des § 971 umfaſst auch diese Verhältnisse; denn der allgemeine Ausdruck „Sache“ bezieht sich gemäß § 292 auch auf Rechte, und der „Gebrauch eines Rechts“ ist ein dem Gesetze (§§ 312, 313) auch sonst geläufiger Begriff.[4] Inwieweit diese Gleichstellung der Leihe von Rechten und

auch die Kosten der Rückstellung an den Eigenthümer zu tragen hat; vgl. Zeiller II S. 81, Entsch. v. 14. Juni 1879 J. Bl. 1879 Nr. 39.

[46] Arg. a contrario § 348, welcher dem von zwei „Besitzwerbern angegangenen“ Inhaber, wie sich aus dessen Schlußsatz ergibt, für den Fall die Übergabe der Sache an das Gericht freigibt (s. oben N. 40), daſs schon beide widerstreitenden Ansprüche sub judice sind; ebenso geht dies aus Cod. Ther. III, 6 Nr. 36 und Pr. L. R. I, 7 §§ 167 f., den Vorbildern unseres § 348 hervor. So auch z. B. Slg. 8322. Burckhard III S. 75 N. 16 scheint mir diesbezüglich im Unrecht zu sein. — Anders, worauf hier nicht weiter einzugehen ist, steht die Sache natürlich, wenn der Eigenthümer gegen den Entlehner Sequestration oder Verbot erwirkt, s. Ofner II S. 297; vgl. Pr. L. R. I, 14 § 70; Dernburg Pr. R. II S. 651.

[47] Slg. 8165 (vgl. anderseits Slg. 3250).

[48] Ob das Gericht, so lange nicht zwei widerstreitende Ansprüche gegen den Entlehner anhängig sind, den Erlag überhaupt anzunehmen hat, mag hier dahingestellt bleiben.

[1] Über die Literatur der Frage s. unten N. 8 und 9.

[2] Forderungen z. B., die auf eine einmalige Leistung gehen, stehen in dieser Beziehung den „verbrauchbaren Sachen“ (§ 301) gleich; doch ist hier, wie bei diesen (s. oben S. 187 f.), immerhin Leihe zu einem ungewöhnlichen Gebrauch denkbar, so besonders zur Verpfändung (s. unten S. 210). Mit Unrecht schließt daher Schmidt S. 121, Heimbach Rechtslex. VI S. 656 (dieser sogar auch Emphyteusis und Superficies) Rechte schlechthin aus; s. aber auch Sintenis Prakt. Civilr. I S. 239 f., Bekker P. I S. 68, Unger I S. 613 f.; dagegen Burckhard III. S. 100 f. — Daſs es sich bei Rechten vielfach nur um ein frui handeln kann, steht der Möglichkeit eines Leihvertrages nicht entgegen; s. unten S. 211).

[3] Was bei den wenigsten Rechten zutrifft — vgl. Bekker P. I. S 70 —; auch „unveräußerliche“ Servituten gestatten vielfach die Überlassung zeitweiligen Gebrauchs an andere, so kann der Wegberechtigte auch andere den Weg benützen lassen, oder der Inhaber eines Fensterrechts das Fenster, selbst der Usuar oder Wohnungsberechtigte kann, soweit eben sein persönliches Bedürfnis das umfaſst, Fremde als Gäste aufnehmen (vgl. Slg. 7172, 1306, 1012). Unrichtig daher wohl Schmidt S. 125 f.

[4] Man beachte auch, daſs das a. b. Gb. im § 1090, ganz parallel dem § 971, den Bestandvertrag als entgeltliche Über-

von Sachen begründet ist, wird sich aus den weiter unten folgenden Bemerkungen ergeben. Sofort aber muss eines betont werden. Es handelt sich dabei nicht etwa um analoge Anwendung[5] der Normen des Commodats; vielmehr trägt der obligatorische Vertrag, durch welchen der zeitweilige Gebrauch eines Rechts einem anderen unentgeltlich überlassen wird, alle gesetzlichen Merkmale des Leihvertrages an sich, er ist also ein Leihvertag,[6] mögen immerhin einzelne Rechtssätze, die im Gesetze für den Normalfall, die Leihe von körperlichen Sachen, formuliert sind, nicht wörtlich, sondern bloß „sinngemäß" zur Anwendung kommen.[7] Dass dem so ist, ist aber nicht gleichgiltig; denn, wäre die unentgeltliche Überlassung des Rechtsgebrauches wirklich der Leihe zwar „ähnlich" (§ 7 a. b. Gb.), aber nicht unter diesen Begriff direct zu subsumieren, dann fiele sie unter eine andere gesetzlich feststehende und umfassendere Kategorie. nämlich die Schenkung[8]

---

lassung des „Gebrauchs einer unverbrauchbaren Sache", dann aber im § 1093 ausdrücklich auch Rechte als dessen Gegenstand bezeichnet. Es lag also gewiss keine Absicht darin, wenn die späteren Entwürfe nicht mehr, wie der Cod. Ther. III, 5 Nr. 7 (vgl. auch Pr. L. R. I, 21 § 233), beim Commodat der unkörperlichen Sachen besonders gedachten.

[5] Die Gegner des Commodats von res incorporales kommen in der That darauf hinaus, so Sintenis l. c. II § 111 N. 1, Stubenrauch II zu § 971, Randa Besitz S. 567 N. 9; vgl. auch sächs. Gb § 1186 und dagegen die Motive zu Art. 640 d. bair. Entw. eines brgl. Gb. S. 198: „Weil nur Sachen als Object des Vertrages erklärt sind, so ist die Überlassung der Ausübung von Rechten .... nicht nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zu beurtheilen."

[6] Es liegt — um mit § 7 a. b. Gb. zu sprechen — nicht ein „im Gesetze nicht entschiedener" Fall vor, für welchen nach einem „ähnlichen, in den Gesetzen bestimmt entschiedenen" zu suchen wäre, nicht ein Thatbestand, auf welchen die für einen anderen gegebene Sanction künstlich erstreckt werden soll (Bechmann Kauf II S. 556 f.), sondern lediglich die concrete Gestaltung eines vom Gesetze normierten Verhältnisses, für welche nun der Sinn einzelner dieser gesetzlichen Normen durch Auslegung zu finden ist. Ohne hier auf die feine Frage der Abgrenzung von Gesetzesanalogie und Auslegung einzugehen (s. nur Windscheid I § 22, Hölder P. § 8): der hier betonte Unterschied wird praktisch darin fühlbar, dass, wenn nicht Analogie in Frage steht, nicht bei jedem einzelnen, insbesondere mehr singulären, positivrechtlichen Satze (etwa § 982, § 977) erst noch gezweifelt werden kann, ob er im concreten Falle überhaupt zur Anwendung zu kommen habe. Mit Recht hat man — s. Ludw. Goldschmidt Erört I S. 128 f., S. 138, S. 156 f., Wendt Jahrb. f. Dogm. XXIX S. 61 f. — den D. Entw. (z. B. §§ 501, 834, 951, 1021) darob getadelt, dass er an zahlreichen Stellen derartige „entsprechende Anwendung" seiner Paragraphe erst noch besonders vorschreibt; vgl. auch Zitelmann in Bekker u. Fischer, Beitr. VII S. 20.

[7] Etwa die Sätze betreffend das „verlorene" und „wiedergefundene" Lehnstück (§ 980) oder die „übertriebene Abnutzung" (§ 982).

[8] Man wird vielleicht einwenden, der juristisch-technische Begriff der Schenkung, wie er namentlich auch für das österr. Recht anerkannt ist — s. Unger II § 95, Krainz I S. 364 ff., Frankl Formerfordernisse der Schenkung § 2 u. a. — erstrecke sich niemals auf bloße Gebrauchsüberlassung, weil bei dieser das Merkmal der Vermögensverminderung auf Seite des Gebers fehle — so etwa Unger l. c. S. 192, Kirchstetter S. 486 f., auch Ferrini p. 55; vgl. Savigny Syst.

und deren Sonderrecht. Diese Seite der Frage hat nun gerade die ältere Theorie nicht bemerkt, welche darüber, ob es ein Commodat von „res incorporales" gebe, in ihrer doctrinären Art sehr lebhaft verhandelte, allerdings mit Berücksichtigung meist eben nur der in den römischen Quellen erörterten Fälle.[9] Aus demselben Grunde thut aber umgekehrt auch die heutige Rechtslehre unrecht, die Frage ganz zu vernachlässigen, abgesehen davon, dass für uns mehr, und praktisch wichtigere Rechte,[10] als für die Römer diesbezüglich in Betracht kommen.

Die Grenzen der Leihe von Rechten, und insbesondere die Abgrenzung gegen die Schenkung, bedürfen daher noch einer genauen Untersuchung.

IV S. 27, Hölder P. S. 284. Allein, nicht die logische Grenze des historisch gewordenen (vgl. Savigny l. c. S. 6 ff., Fr. Hofmann in Grünhuts Ztschr. VIII S. 286 f.) Schenkungsbegriffes schließt die liberale Gebrauchsüberlassung von demselben aus, vielmehr kann die causa donandi, die Vermehrung des Vermögens des Empfängers auf Kosten des Gebers in liberaler Absicht, an sich auch durch zeitweilige Überlassung des Gebrauches eines Vermögensobjectes verwirklicht werden (vgl. Dankwardt Nationalök. u. Jurisprud. III S. 46 ff.; Unger selbst, S. 197 N. 34 läßt das für die Überlassung der Ausübung eines Usufructus gelten; vgl. auch Krainz I S. 367 N. 14, Dernburg Pr. R. II S. 446). Nur wenn, und weil das Gesetz diese Form der liberalen Zuwendung als eigenen Geschäftstypus regelt — als „Leihvertrag" — tritt dieselbe aus dem Rahmen der Schenkung heraus (der Gedanke findet sich schon bei Rippel VI S. 211, minder correct bei Zeiler III S. 155; zu weit nach der anderen Seite geht Adler Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 237 N. 62) und bleibt der Begriff der Schenkung auf liberale Rechtsübertragungen (s. Text S. 208) beschränkt, wie das richtig, aber ohne innere Motivierung schon Meyerfeld, Lehre v. d. Schenkungen I S. 52 f. festgestellt hat (vgl. auch Bekker P. II S. 176). Es ist gerade so, wie der Kauf an sich jede Vermögensübertragung gegen Geld in sich begreift, mit Ausschluss der zeitweiligen Gebrauchsüberlassung, die das Gesetz als das selbständige Rechtsinstitut der Miete ausgestaltet hat. Im a. b. Gb. verhält sich in der That § 971 zu § 938 genau so wie § 1090 zu § 1053; und ebensogut wie § 1094 sagt, im Bestandvertrage werde „der Gebrauch der Sache gekauft", so könnte bei § 971 gesagt sein, der Gebrauch der Sache werde „geschenkt" Aus alledem folgt, dass der Thatbestand einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung, soweit er nicht unter die Bezeichnung des Leihvertrages (bei Fungibilien des Darlehens) subsumiert ist, unter den Normen der Schenkung stehen bleibt.

[9] Vgl. die (nicht bedeutende) Dissertation von Martini de commodato rei incorporalis (1769) und die ältere Literatur betreffend die Leihe einer habitatio bei Glück XIII S. 450 ff.; dieser selbst, sowie die meisten Schriftsteller aus der Zeit der Entstehung des a. b. Gb., erklärt unkörperliche Sachen als mögliche Gegenstände des Commodats, vgl. etwa Heineccius Erkl. d. Instit. (Wien 1796) § 797, Thibaut Syst. § 888, dann Koch R. d Fordg. III S. 421, Holzschuher Theorie u. Cas. III S. 577; aus der neueren Literatur für dieselbe Ansicht Schmidt S. 125 ff., Brinz II S. 593, Förster-Eccius II S. 201, neuestens Wendt P. S. 596. Gegen die Möglichkeit eines Commodats von Rechten Sintenis l. c. § 111 N. 1, Unterholzner II S. 552, Stubenrauch II S. 164, Randa Besitz S. 567 N. 9, Ferrini p. 69ss. Vgl. auch noch die Citate oben N. 8. — Der D. Entw. (vgl. Mot. II S. 443 f.) läßt die Frage absichtlich offen.

[10] S. unten S. 206 ff.

Gebrauch eines Rechts ist Ausübung desselben, Überlassung des Gebrauchs an einen anderen Ausübung des Rechts durch diesen anderen.[11] Auch die Verleihung einer Sache durch ihren Eigenthümer fällt unter diesen Gesichtspunkt. Der Eigenthümer kann sein Recht ausüben, indem er selbst die Sache, den Gegenstand seines Rechts, gebraucht, er kann es dadurch ausüben, dass er den Gebrauch dieses Gegenstandes einem anderen überläßt. Damit ist die Parallele zwischen dem Normalfall des Commodats und der „Leihe von Rechten" gegeben; erscheint doch demzufolge auch der gewöhnliche Leihvertrag als die Überlassung der Ausübung eines Rechts, nämlich des Eigenthums.[12] Es fragt sich nun aber, welche Art der Gestattung der Rechtsausübung das Wesen des Leihvertrages ausmacht. Und diese Frage kann und muß nach dem eben Gesagten vorerst gerade an jenem „Normalfalle", der Rechtsausübung des Eigenthümers, geprüft werden.

Der Eigenthümer (A) kann einem anderen (B) Gebrauch oder Nutzung seiner Sache auf verschiedene Art[13] unentgeltlich überlassen:

I. in vollem Umfange und für alle Zeiten, d. i. einfache Übertragung des Eigenthums an der Sache, Succession des B in das Recht des A — der Musterfall der Schenkung (§ 938).

II. A bestellt dem B den Nießbrauch oder sonst ein zeitlich beschränktes dingliches Gebrauchsrecht an der Sache — von dem Falle I dadurch verschieden, dass das Recht des A fortbesteht, belastet durch das Recht des B, aber mit jenem Falle übereinstimmend darin, dass B ein (der Art nach beschränkteres) der Gattung nach mit dem des A gleichartiges Recht erwirbt. Ist ihm dieses einmal bestellt, so steht er auch jedem dritten gegenüber als unmittelbar an dem Gegenstande des Rechtes des A berechtigt da, nicht als bloßer Vertreter des A in dem Gebrauch der Sache. Es liegt also eine (constitutive) Rechtsübertragung durch den Eigenthümer dieser Sache vor,[14] und deshalb, falls sie auf Liberalität beruht, Schenkung,[15] nicht Leihe.

---

[11] Vgl. § 351 mit § 313. — Die Lehre von der Ausübung der Rechte ist in neuerer Zeit eingehend dargestellt namentlich bei Bekker P. I §§ 22 f. (s. auch Jahrb. f. Dogm XXX S. 258 ff.) und Krainz I § 52 u. S. 245 ff.

[12] Ebenso „stellen sich Sach- und Rechtsbesitz nach österr. Rechte als innerlich gleichartige Begriffe dar" (Ausübung des Inhalts des Eigenthums oder eines anderen Rechtes): Randa l.c. S. 31.

[13] Im Folgenden interessiert natürlich nur die unentgeltliche Überlassung. Übrigens ergeben sich für die Abgrenzung bei entgeltlicher Gebrauchsüberlassung zwischen Miete und Kauf ganz ähnliche Fragen, vgl. nur § 3 J. de loc. 3, 24, auch Schmidt Ztschr. d. Sav. Stiftg. XI S. 127 f.

[14] Bekker P. I S. 110 f., der mit Fug dieser Betrachtungsweise den Vorzug gibt vor dem „Recht am Recht".

[15] Unsere Schriftsteller sind über diesen Fall einig. Zur Bekräftigung de lege lata kann verwiesen werden auf das Gebürengesetz v. 9. Febr.

III. A überträgt dem B das Eigenthum für gewisse Zeit,[16] sei es als Eigenthum mit Endtermin, sei es unter der obligatorischen Verpflichtung zu seinerzeitiger Zurückübertragung. Sieht man bloß auf die einem derartigen Geschäfte zu Grunde liegende Absicht, so möchte man sagen, B übe in jener Zwischenzeit das Eigenthumsrecht des A leihweise aus. Allein formell ist es nicht das Eigenthum des A, von welchem er Gebrauch macht, sondern sein eigenes,[17] geradeso wie im Falle I; und geradeso wie im Falle II die zum Zwecke zeitlicher Gebrauchsüberlassung vorgenommene constitutive, so muss hier die zu gleichem Zwecke bewirkte translative Zuwendung als Schenkung betrachtet werden.[18]

IV. A ermächtigt den B zu bestimmtem Gebrauche seiner Sache, ohne ihm an dieser Sache ein Recht einzuräumen. B ist nur befugt, einen Theil dessen, was den Inhalt des Rechts des A ausmacht, an dessen Statt zu thun, gleichsam ein „procurator in rem suam".[19] Dritten gegenüber ohne jedes Recht an der Sache,[20] findet B seine rechtliche Sicherung lediglich in der persönlichen Gebundenheit des A. Dieser „leistet" ihm fortdauernd die Gebrauchsgestattung bezüglich seiner Sache, und das auf solche über die ganze Zeit sich erstreckende Leistung gerichtete Obligationsverhältnis, im Gegensatze zu dem Rechtsgeschäfte der Schenkung, das sich in dem einmaligen Acte der Rechtsübertragung erschöpft, kennt die Rechtssprache als „Leihe". Wenn man dabei von Leihe der Sache, nicht aber des Eigenthumsrechtes spricht, so ist dies nicht etwa, wie wenn von Kauf oder Schenkung der Sache die Rede ist, bloß ein abgekürzter Ausdruck für den rechtlichen Vorgang, sondern die

1850 R. G. B. 50 § 59: „Durch ein Geschenk eingeräumte Fruchtnießung oder Gebrauchsberechtigung" (dazu Tar. Posl. 91 B 2.) — S. auch L. 9 pr. D. de donat. 39, 5; dann Schmidt l. c. S. 143, 154 N. 5.

16 Ein Fall, der seltener vorkommen wird als die zeitliche Übertragung anderer Rechte (s. unten S. 207) und mehr wegen der Parallele mit letzteren von Interesse ist; immerhin aber sind Eigenthumsübertragungen „sub fiducia" heutzutage für derartige Geschäftszwecke nicht unerhört, wenngleich sie nicht mehr, wie einst in Rom (vgl. Oertmann Die fiducia S. 136, Goeppert Ztschr. d. Sav. Stift. XIII S. 317 ff.) das nothwendige Mittel sind (s. dagegen Karlowa l. c. S. 569); vgl. Oertmann l. c. S. 257 f., Regelsberger, Arch. f. d. civ. Prax. LXIII S. 172 ff.)

17 So wie dies richtiger Ansicht nach (Oertmann l. c. S 162 ff.) auch vom Fiduciar bei der römischen fiducia gesagt werden muss.

18 Bei diesem Zwiespalt zwischen Zweck und Form des Geschäfts (vgl. Regelsberger l. c.) mag für die fiducia des classischen Rechts behauptet werden, es bilde eben das pactum fiduciae den überall gleichbleibenden Geschäftstypus (Goeppert l. c. S. 344, Ferrini p. 491, Pernice Labeo III S. 139 N. 2). Heute, wo dies gewiss nicht zutrifft, bleibt, wenn einmal für den Zweck zeitweiliger unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung statt der Form des Leihvertrages die der fiduciarischen Eigenthumsübergabe gewählt ist, (vgl. auch Frankl l. c. S. 17) einfach der Thatbestand einer Eigenthumsübertragung in liberaler Absicht übrig, d. i. eine Schenkung. Auch Oertmann l. c. S. 137 spricht von „fiducia bei Schenkung auf Zeit". Dagegen Hölder P. S. 284.

19 S. über die Natur dieser „Ermächtigung" Bekker P. II § 106, bes. S. 215, Krainz I S. 245.

20 Deshalb auch nicht Dritten gegenüber zur Proceßführung über die Sache legitimiert, vgl. Slg. 1012.

genaue Bezeichnung desselben; denn das Recht des Entlehners bildet nicht eine Belastung des Eigenthums des Verleihers, richtiger, nicht ein aus diesem abgeleitetes Tochterrecht,[21] sondern nur einen von diesem völlig unabhängigen persönlichen Anspruch gegen den Verleiher auf die thatsächliche Überlassung der Sache zum Gebrauche.[22] Beweis dessen, daß der Leihvertrag, wie oben (S. 192) gezeigt, nicht etwa ungiltig ist bei mangelndem Rechte des Verleihers.

Soviel, was die Gebrauchsüberlassung durch den Eigenthümer, die „Sachleihe" angeht.

Die Übertragung der gewonnenen Übersicht auf jura in re aliena ist nicht schwierig. Wenn der Nießbraucher seinen Nießbrauch für bestimmte Zeit einem anderen cediert (oben III),[23] so kann das nur Schenkung sein; räumt er ihm aber, ohne ihm dritten gegenüber seine dingliche Stellung abtreten zu wollen, die Befugnis ein, die res usufructuaria in bestimmter Weise und Zeit zu gebrauchen (oben IV),[24] so ist dies ein Leihvertrag, u. zw. Leihe dieser Sache.[25] Niemand wird dies Leihe des Usufructs nennen wollen, so wenig wie

[21] Anders ausgedrückt: Dem Entlehner ist nicht ein „Recht am Recht" des Verleihers übertragen — so Windscheid I § 121 a. E. (vgl. oben N. 14). Denselben Gegensatz hat jetzt die Gegenüberstellung von Rechtsabtretung und „Einräumung von Subrechten" bei Adler l. c. S. 264 ff. im Auge.

[22] Ob das eine oder das andere gewollt ist, ist Auslegungsfrage, zu beachten aber, daß auch bei lediglich obligatorischem Rechtsverhältnis (Fall IV) der Inhalt der Gebrauchsbefugnis durch die für eine dingliche Nutzung bestimmter Art feststehende Bezeichnung angegeben sein kann — „Fußsteig", „Fahrweg", „Fensterrecht" u. dgl. (vgl. Ferrini p. 69). Gleichwohl bleibt der Fall verschieden von der Einräumung eines dinglichen Rechts auf bestimmte Zeit (Fall II) — ein Beispiel in Slg. 7410 — auch einer sog. „unregelmäßigen" Servitut, welche § 479 scharf der bloßen „Scheinservitut" entgegenhält (vgl. Zeiller II, S. 299, Stubenrauch I S. 641). Immerhin kann dafür der Ausdruck gebraucht werden, der Eigenthumer „leihe" dieses Gebrauchsrecht. In den Controversen der älteren Literatur über die Leihe von Servituten (s. darüber nur Schmidt S. 120 ff., vgl. aber Sintenis l. c. § 111 N. 33) herrscht vielfach Unklarheit über die Verschiedenheit der beiden hier erörterten Fälle untereinander sowie von dem der Überlassung der Servitutsausübung an einen anderen durch den Servitutsberechtigten; vgl. unten § 36 N. 7 u. 8.

[23] Daß die sog. Übertragung des Nießbrauches „der Ausübung nach", wenn man dem Erwerber dinglichen Rechtsschutz gewährt, in Wahrheit Übertragung des Rechts bedeutet, habe ich schon früher bemerkt, s. Schey in Grünhuts Ztschr. IX S. 353 N. 31; jetzt auch D. Entw. §§ 1011, 1013.

[24] Die Bestellung eines dinglichen Rechts an der Servitut (Fall II des Textes) ist zwar trotz der Regel „servitus servitutis esse non potest", nicht undenkbar (s. darüber Windscheid I § 200 N. 5 u. S. 708) aber doch unpraktisch.

[25] Vgl. auch L. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1: „Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere potest". Weit eher wird die Bezeichnung „Leihe des Rechts" gerade in den Fällen (oben III) vorkommen, wo das Recht selbst Gegenstand der Übertragung bildet, wo aber kein wirkliches Commodat vorliegt; s. oben N. 21.

man von Leihe des Eigenthums spricht, falls es der Eigenthümer ist, welcher einem anderen den Gebrauch der Sache überläßt.

Auch für Forderungsrechte trifft die Parallele zu. Wenn der Gläubiger sein Recht gegen den Schuldner einem anderen zu bestimmtem Gebrauche cediert (oben III) oder einen Nießbrauch an der Forderung constituiert (oben II), so ist dies bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Schenkung; will er aber durch den Vertrag jenen bloß thatsächlich in die Lage versetzen, von der ihm geschuldeten Leistung für gewisse Zeitdauer Gebrauch zu machen, so ist das ein Leihvertrag. Allein auch hier wieder wird das nicht als Leihe des Forderungsrechts erscheinen, sofern es sich um Obligationen handelt, die eine bestimmte körperliche Sache zum Substrat haben;[26] das Leben wird das stets, und mit Recht, als Leihe dieser Sache auffassen,[27] deren Gebrauch der Verleiher allerdings eben nur vermöge seines Forderungsrechtes thatsächlich zu gewähren in der Lage ist[28] — so z. B. wenn der Mieter oder Commodatar einer Sache dieselbe weiter verleiht. Nur wo es an einem solchen äußeren Substrate fehlt, wird in der That das Recht als der Gegenstand des Leihvertrags bezeichnet,[29] so z. B. bei Forderungen auf persönliche Dienstleistungen.[30]

---

[26] Ebenso wird bei Scripturobligationen stets nur das Papier, nicht die an dasselbe geknüpfte Forderung als Gegenstand von Geschäften wie Leihvertrag oder Depositum erscheinen.

[27] So wie das Gesetz, § 1098, das „Mietstück" selbst als Gegenstand der Aftervermietung bezeichnet, nicht etwa das Mietrecht. Vgl. Krainz II, 2 S. 282 und Slg. 10372. Mit Unrecht behauptet Simoncelli Arch. giurid. XLIX p. 270, daß bei Aftermietung ganz so wie bei der Cession des Mietrechts nicht die Sache, sondern das persönliche Gebrauchsrecht übertragen werde.

[28] Rechtliche Voraussetzung ist dies nicht; der Commodatar erhält kein aus dem Rechte des Verleihers abgeleitetes und deshalb von der Existenz des letzteren abhängiges Recht (s. oben bei N. 21), kein „Recht am Recht" des Verleihers. Dieser verpflichtet sich nur, ihm den Gebrauch der betreffenden Sache zu verschaffen, und das kann er auch ohne deren Eigenthümer zu sein — s. oben S. 192.

[29] Auch hier nicht in dem Sinne, als ob der Entlehner ein „Recht an diesem Recht" erhielte; auch hier übt er nur das Recht des Verleihers aus, wie bei Sachenleihe das Recht des Eigenthums. Es kann hier bloß in Ermangelung eines greifbaren Objectes der Gebrauch, welcher gestattet wird, nicht wohl anders bezeichnet werden, als durch das Recht des Verleihers, welches der Entlehner ausüben soll. Im übrigen wäre correct auch hier als „geliehen" der Gegenstand (s. unten N. 31) des Rechts, d. i. die geschuldete Leistung zu nennen.

[30] S. über die veraltete Streitfrage betreffend das Commodat von Dienern Glück XIII S. 428 f. Verschieden von der Cession bezw. Novation, durch welche die Rechte aus einem Dienstvertrage auf einen anderen übertragen werden können (im Sinne von Fall I, II, III des Textes), können diesem, ohne ihm irgend ein Recht gegen die Dienstperson zu cedieren, gewisse Dienste der letzteren zugewiesen werden (Fall IV); der Dienstgeber übt auf diese Art sein Recht gegen den Diener aus, der nur ihm verpflichtet

Es gibt aber eine Gruppe von Rechten, welche ihrem Wesen nach nie ein greifbares Object[31] haben, deren Gegenstand wahrhaft „unkörperliche" Sachen „immaterielle Güter" sind;[32] dahin zählen vor allen die verschiedenen Arten der Urheberrechte, das Autorrecht an Werken der Literatur oder Kunst, das Patentrecht und das Musterrecht.[33] Gerade hier wird daher unsere Frage

ist. Das führt zur Leihe der Dienste im eigentlichen Sinne; den Diener als geliehen zu bezeichnen wird im Ernste heute niemand beifallen. Holzschuher l. c. III S. 577 übersieht gerade diesen Fall.

31 Um nicht zu weit abzuschweifen: Es gibt m. E., wenigstens auf dem Gebiete des Privatrechts, keine Rechte ohne Object (zweifelnd Bekker P. I S. 50) — wenn anders man unter Rechtsobject nicht willkürlich dies oder jenes äußere Substrat des subjectiven Rechts denkt, sondern den Gegenstand desjenigen Interesses, auf dem Gebiete des Vermögensrechts also dasjenige „Gut", welches durch das Recht dem Berechtigten gesichert wird (vgl. Schey in Grünhuts Ztschr. VII S. 761, IX S. 346, 359); dieses Gut aber braucht nicht immer ein greifbares, eine „körperliche Sache" zu sein. In einem anderen Sinne kann man wieder vom „Gegenstande" eines Rechtsgeschäfts sprechen; vgl. Text am Ende dieses Paragraphen.

32 Mir scheint diese, nach Überwindung der Theorie, die da überhaupt kein subjectives Recht sah (Gerber Privatr. § 219 Anm. 1, Laband Staatsr. II S. 469), namentlich von Kohler in seinem Patentrecht und in den Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 129 ff. überzeugend dargelegte Auffassung die einzig natürliche (vgl. auch Stobbe III § 157, Bekker P. I. S. 50, 63). Es handelt sich im Gebiete des Urheberrechts (Patentrechts, Musterrechts) um die Sicherung des Interesses des Urhebers oder Erfinders an der ausschließlichen Herrschaft über sein Werk, in welchem er ein neues „Gut" geschaffen hat, ein „immaterielles" Gut. Das Gesetz sichert somit dem Autor ein Interesse, das er unmittelbar aus seinem Gute befriedigt, dessen „Gegenstand" (s. oben N. 31) dies Gut selbst ist, durch den gegen alle Welt gewährten Anspruch, störende Eingriffe zu unterlassen; damit sind alle Merkmale eines subjectiven Rechts gegeben, aber auch schon die, trotz allem was dagegen gesagt worden ist (s. neuestens Klostermann in Endemann's Hdb. d. Handelsr. II S. 246, Anders Beiträge z. Lehre v. liter. Urheberr. S. 86 ff.) unverkennbare Verwandtschaft mit dem Eigenthume, welche die populäre Vorstellung vom „geistigen Eigenthum" erzeugt hat (für das „geistige Eigenthum" tritt wieder ein Osterrieth z. Lehre v. Urheberr. S. 78 ff.). Daß dies „geistige Eigenthum", weil sein Gegenstand „immateriell" ist, nicht mit dem Eigenthum im eigentlichen Sinne unter gleichen Regeln stehen kann, ist selbstverständlich. Principiell ablehnend verhält sich jetzt gegenüber dieser Auffassung der dem öst. Herrenhause vorliegende (Commissions-) Entwurf eines Ges. über das Urheberr. (230 d. Beil. z. d. Protok. d. Herrenh. XI. Session S. 3 ff.), welcher das Urheberrecht nur unter dem Gesichtspunkte des „Rechtsschutzes für höchstpersönliche Leistungen" betrachtet. Die Bearbeiter des geltenden österreichischen Rechts stehen (trotzdem gerade das Ges. v. 19. Oct. 1846 J. G. S. 992 § 1 geradezu vom „Eigenthum" des Urhebers spricht, vgl. auch Strafges. § 467) größtentheils in Opposition gegen die Lehre vom Immaterialgüterrechte unter der Nachwirkung der (gegenüber den älteren Darstellungen höchst verdienstvollen) Arbeit von Harum D. gegenw. österr. Preßgesetzgebung (1857) bes. S. 65 ff., so Stubenrauch II S. 390 f., Krainz I § 45, Randa Eigenthum I S. 54 ff., Burckhard III S. 114 f., Woerz D. mater. Rechtsgrundsf. d. öst. Priv. Ges. S. 8 ff., Beck-Mannagetta Öst. Patentr. S. 15 ff., zum Theil auch Anders l. c. S. 175 (dagegen s. Frankl l. c. S. 130, H. Schuster, Wesen d. Urheberr. S. 32 f., Geller in seinem C. Bl. VII S. 16 ff.).

33 Die verwandte, aber doch wesentlich verschiedene (vgl. Kohler Arch. f. d. civ. Prax. LXXXII S. 157) Gruppe der

bedeutsam. Der Autor eines literarischen oder künstlerischen Werkes kann sein Urheberrecht, der Erfinder sein Patent völlig einem andern übertragen, entgeltlich oder in liberaler Absicht unentgeltlich (oben I); letzteren Falles liegt eine Schenkung vor.[34] Desgleichen, wenn er ein dingliches Nutzungsrecht daran constituiert[35] (oben II); nicht minder aber, wenn er das Autorrecht selbst auf bestimmte Zeit einem anderen abtritt (oben III). Während dieser Zeit ist dieser andere der bezüglich des Werkes nach außen allein berechtigte, kraft eigenen Rechts gegen alle Eingriffe dritter geschützt;[36] dem Autor selbst aber bleibt mittlerweile nur der überhaupt unveräußerliche, rein persönliche Theil des Urheberrechts.[37] Ganz anders geartet ist das Verhältnis (oben IV), wenn der Autor, ohne seine Rechtsstellung im übrigen aufzugeben, einem anderen die factische Ausübung gewisser im Urheberrecht liegender Befugnisse auf gewisse Zeit überläßt, so z. B. die Befugnis zu einer Anzahl von Aufführungen seines Werkes,[38] oder wenn der Patentinhaber, etwa behufs Anstellung von Proben, einem Unternehmer für eine bestimmte Zeit

---

Marken- und Namensrechte kann hier aus dem Spiel bleiben, da diese Rechte nicht (selbständig) zu fremdem Gebrauche überlassen werden können (vgl. § 9 Ges. v. 6. Jänner 1890 R. G. B. 19; Kohler Arch. f. bürgl. R. V. S. 91 f.). — Die vielfach beliebte Zusammenstellung der Bannrechte mit den „Immaterialgüterrechten" (vgl. etwa Stobbe l. c., Krainz l. c., auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 199 f.) scheint mir nicht unbedenklich (s. Schey in Grünhuts Ztschr. IX S. 402 f. N. 191); damit ist natürlich nicht gesagt, dass deren Ausübung (z. B. der Propination) nicht auch, wie durch Verpachtung, durch Leihvertrag anderen überlassen werden könne. — Das Jagdrecht möchte ich nicht zu den Rechten ohne körperliches Object stellen (wie Brünneck Arch. f. civ. Prax. XL S. 104 f.; es hat ein Object allerdings nicht im Grundstück als solchem, aber in dem „Revier" als der räumlichen Abgrenzung des wechselnden Wildstandes (ähnlich die Auffassung von Anders, Jagd- und Fischereirecht S. 23, 68 f., 90), sowie der Fluss als ganzes Rechtsobject ist, trotz der Nichtgreifbarkeit der fließenden Wasserwelle. Übrigens kann der Jagdberechtigte die Ausübung des Jagdrechts gewiss nicht nur verpachten, sondern auch „verleihen".

[34] Vgl. dazu Frankl l. c. S. 131 ff.

[35] Vgl. Kohler l. c. S. 407 ff. u. Patentr. S. 154 f., Bekker P. I S. 113, Hanausek Uneigentl. Nießbr. S. 144 ff.

[36] Vgl. unten N. 38 und 39. Beck-Mannagetta l. c. S. 205 f. hält solche zeitliche Übertragung nach öst. Recht für unzulässig; s. dagegen Woerz l. c. S. 64.

[37] Vgl. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 280, Klostermann l. c. S. 267, Anders l. c. S. 121 ff. Auf die Streitfrage, ob jene höchstpersönlichen Äußerungen des Urheberrechts als selbständiges (Individual) Recht auszuscheiden seien, ist hier nicht einzugehen. Die Commission des Herrenhauses hat, consequent ihrem Standpunkte (s. oben N. 32), welchem das persönliche Element als der Kern des Urheberrechts gilt, im Gegensatze zur Regierungsvorlage § 11 überhaupt nur eine „Überlassung der Ausübung des Urheberrechts" anerkannt (§ 16 Comm.-Vorl., Bericht l. c. S. 5).

[38] Auslegungsfrage bleibt es stets, ob solche Gestattung nicht im Sinne einer „quasidinglichen" Rechtsübertragung gemeint sei; nur dann würde sie unter die Analogie des Verlagsvertrages fallen, wie Harum l. c. S. 165 f. will.

die Licenz zur Verwertung seiner Erfindung ertheilt. Diese Befugnis bildet den Inhalt eines persönlichen Anspruchs zwischen den Contrahenten, nicht aber eines (etwa nur sachlich beschränkten) dritten gegenüber wirksamen Urheberrechts. Der unentgeltliche Licenzvertrag ist daher nichts anderes als eine Unterart des Leihvertrages.[39] Was dabei „geliehen" wird, ist das „immaterielle Gut" des Autors.[40]

Das Resultat dieser Betrachtungen ist demnach Folgendes: Wo der Berechtigte, sei es auch nur zum Zwecke zeitweiliger Gebrauchszuwendung, einem anderen (unentgeltlich) durch translative oder constitutive Übertragung ein Recht schafft an dem Gegenstande seines Rechts und daher derselben Gattung angehörig wie dieses, da liegt eine Schenkung vor; wo der Berechtigte einen anderen nur ermächtigt, den Gegenstand seines Rechts thatsächlich zu gebrauchen, ohne ihm ein Recht an diesem Gegenstande dritten gegenüber zu übertragen,[41] da ist das Gebiet des Leihvertrags. Die Fälle der ersten Gattung nun lassen sich sprachlich ganz gut durch den Ausdruck bezeichnen, es werde an

---

[39] Vgl. die Entsch. des obersten Gerichtshofes v. 15. Febr. 1888 und die Bemerkung zu derselben bei Geller Centr. Bl. VI S. 289 ff., D. R. G. XVII S. 54 f., abweichend die Auffassung bei Beck-Mannagetta l. c. S. 205 ff. (dagegen s. Woerz l. c. S. 61). In dem Streit über die Natur der sog. Licenzertheilung dürfte das Richtige in der Mitte liegen: die Licenz gibt (im Zweifel) dem „Permissionar" kein „quasidingliches" Recht (so Kohler l. c. S. 424 ff., Patentr. S. 157 f., 473 f., Frankl l. c. S. 137 N. 1; dagegen Laß Urheberr. an Gebrauchsmustern S. 26 ff.), aber sie ist doch mehr als ein bloßer Verzicht auf das Verbietungsrecht, so daß der Permissionar sich dann einfach jure communi der patentierten Erfindung bediente (so Klostermann Urheberr. S. 183 f., Dernburg Pr. R. II S. 972). Der Patentberechtigte macht damit eine positive Leistung, er überläßt den Gebrauch seines „Gutes" dem anderen, geradeso wie bei der Sachleihe das Verhältnis doch wohl nicht damit erschöpft ist, daß der Entlehner der Eigenthumsklage des Verleihers eine exceptio entgegensetzen kann (s. Klostermann selbst l. c. S. 185). — Daß übrigens die Licenzertheilung keine Rechtsübertragung involviert, sondern bloß eine „Ermächtigung, seine Entdeckung . . . auszuüben", dafür kann auch der Wortlaut des Privil. Ges. v. 15. Aug. 1852 R. G. B. 184 § 22 berufen werden.

[40] Vgl. D. R G. XVII S. 55. Ein Beispiel dafür, daß auch der Laie dies immaterielle Gut als Gegenstand des Geschäfts betrachtet, bietet der Fall Slg. 3225, wo „die Ehre der Erfindung" veräußert wurde.

[41] Bekker P. I S. 71 N. g, S. 178 nennt auch dies „constitutive Rechtsübertragung", wie mir scheint im Widerspruch mit seiner Begriffsbestimmung S. 111. Weit bedenklicher aber ist die von ihm II S. 178 empfohlene Abgrenzung: „Schenkung sobald in der Ermächtigung die Begründung eines Rechts gegenüber dem Ermächtiger liegt, das Ausschluß, sei es der Mitbenutzung oder der beliebigen Zurücknahme bewirkt". Darnach wäre das Commodat (im Gegensatz zum Precarium) eine Schenkung! — Vgl. auch Ihering Geist D. r. R. III (4. Aufl.) S. 348, welcher die „unentgeltliche Dahingabe" der „Sache" oder „der Nutzungen in Form des Usus oder Ususfructus" Schenkung nennt im Gegensatz zur „Form des Commodats".

jemand ein Recht „verliehen“ (im Sinne von „übertragen“), aber gerade diese Fälle enthalten keine „Leihverträge“; im letzteren Fall aber, wo wirklich ein Leihvertrag vorliegt, dürfte nach obigen Ausführungen nur gesagt werden, der Verleiher überlasse dem Entlehner den Gegenstand seines Rechts zum Gebrauche. Strenge genommen hat also der Leihvertrag niemals Rechte zum Object. Wenn gleichwohl (auch oben S. 199) von unkörperlichen Sachen oder Rechten als Gegenstand des Commodats gesprochen wird, so soll das nur besagen, dass, wie der Eigenthümer, so auch andere Berechtigte die Ausübung ihres Rechts anderen durch Leihvertrage überlassen können. Wenn man dann aber diese Rechtsausübung, sie „Gebrauch des Rechts“ nennend, in Parallele stellt zum „Gebrauch der (körperlichen) Sache“, und die Überlassung dieses Gebrauchs als Leihe von Sachen, jenes als Leihe von Rechten bezeichnet, so vergißt man leicht, dass auch bei der „Sachleihe“ der Gebrauch eines Rechts überlassen wird, nämlich des Eigenthums, sowie anderseits bei der „Leihe von Rechten“ nicht das Recht selbst, sondern, gerade wie bei Sachleihe, dessen Object dem Entlehner überlassen wird.

§ 28.

3. Die Gebrauchsüberlassung als causa des Leihvertrages.

Es ist bereits (oben § 24) gesagt, dass sich der Leihvertrag von anderen auf Gebrauchsüberlassung gerichteten Verträgen[1] — Miete, Pacht, Innominatcontracten[2] — durch seine Unentgeltlichkeit unterscheidet[3], vom Darlehen[4] aber durch die Natur des geliehenen Gegenstandes; es ist ferner (oben § 27) ausgeführt, wie er sich durch die Rechtsform[5] von der, möglicher Weise gleichfalls unentgeltliche Gebrauchsüberlassung bezweckenden, Schenkung trennt. Es bedarf nur der Erwähnung, daß ein Vertrag, dessen wesentlicher Zweck die Übergabe einer Sache in fremde Obsorge ist, stets ein Verwahrungsvertrag bleibt, mag auch nebenher dem Verwahrer ein gewisses Gebrauchsrecht gewährt sein,[6] sowie umgekehrt das Geschäft ein

[1] Über das Verhältnis zum Precarium s. unten IV.

[2] Einen besonderen Fall — Leihe gegen Leihe — s. in L. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19, 5. — Vgl. auch noch unten N. 23 und 31.

[3] Ungenügend ist die Charakterisierung der Gegensätze bei Mühlhäuser depos. irreg. S. 4 f.

[4] Vgl. oben § 2 S. 16 f. — Der vielfach betonte Gegensatz, dass der Schuldner beim Mutuum im Gegensatz zum Commodat das periculum übernehme (vgl. dazu oben § 15), ist nicht wesentlich; auch im Leihvertrag kann der Entlehner die Gefahr auf sich nehmen (s. unten S. 212 f.).

[5] S. oben § 27 N. 8.

[6] S. darüber unten S. 310. — Über das Verhältnis zum Mandat s. unten N. 31.

Leihvertrag bleibt, wenn der Zweck beider Contrahenten die Gebrauchsüberlassung ist, mag auch für den Übergeber das Motiv[7] mitspielen, dass er dadurch zugleich seine Sache bei dem Empfänger versorge.[8] Etwas nähere Beleuchtung verdient aber die causa des Leihvertrages in folgenden Richtungen.

a) „Leihvertrag" ist die Überlassung einer Sache zum Gebrauch, nicht zum Verbrauch (oben § 24). Die allmähliche naturgemäße Abnützung (vgl. § 982) durch den Gebrauch ist von dem Gebrauche, der in der Consumtion der Sache besteht, verschieden und steht dem Wesen des Commodats nicht entgegen, mag auch jene Abnützung bei langer Dauer des Gebrauches dem Aufbrauchen der Sache nahezu gleichkommen.[9]

Nicht selten werden Sachen geliehen mit der Ermächtigung, oder geradezu der Bestimmung, dass sie der Empfänger verpfände, z. B. Wertpapiere zum Zwecke ihres Erlags als Caution für Verbindlichkeiten des Entlehners. Es wäre ein Irrthum, darin eine Überlassung der Sachen zu beliebiger Verfügung oder zur Consumtion zu erblicken, so dass das Geschäft als Darlehen, sei es der Quantität der betreffenden Fungibilien, sei es der durch diese repräsentierten Geldsumme, zu gelten hätte. Das Geschäft ist ein Leihvertrag;[10] denn der Zweck der Hingabe ist zunächst nur die Verwendung der gegebenen Objecte als Sicherungs- nicht als Zahlungsmittel für etwaige

[7] Vgl. das oben § 3 N. 5 über Vertragscausa und Motiv bemerkte.

[8] Vgl. Kohler Arch. f. brgl. R. II S. 218. Das Gesetz (§ 977) berücksichtigt dieses Motiv — vgl. Zeiller III, S. 218 —, indem es in solchem Falle ausnahmsweise die vorzeitige Zurückstellung der Sache verwehrt; daraus darf nicht, mit Winiwarter IV S. 175, Kirchstetter S. 503, gefolgert werden, dass da ein Verwahrungsvertrag neben oder an die Stelle des Commodats trete. Wo ein depositum vorliegt, steht umgekehrt trotz des dem Verwahrer gestatteten Gebrauchs dem Hinterleger die vorzeitige Rückforderung zu, vgl. Nippel VI S. 269 f. Darauf wird denn auch für die Auslegungsfrage, ob in concreto Leihe oder Verwahrung die entscheidende causa bilde, das Hauptgewicht zu legen sein.

[9] Wenn also, ohne dass dies im Vertrage vorgesehen (denn in diesem Falle könnte in der That nicht mehr die Absicht der Leihe, sondern allenfalls die der Schenkung oder des Verkaufes der Sachen bestanden haben), und ohne Schuld des Entlehners die Rückstellung sich so lange verzögert, dass die Sache inzwischen durch naturgemäße Abnützung völlig entwertet erscheint, so kann der Verleiher keinen Ersatz fordern; vgl. Slg. 9005, 9960.

[10] Dies auch die Auffassung der römischen Juristen: L. 5 § 12 D. h. t., L. 3 C. h. t. 4, 23. Ebenso Slg. 3476, 6847 (vgl. auch Slg. 5816 und anderseits 1608), Dernburg Pr. R. II S. 495 N. 12, D. R. G. XIII S. 128, Bolze Prax. d. R. G. I S. 207. Die entgegengesetzte Ansicht, welche kein Commodat gelten lassen will, weil die Ermächtigung zur Verpfändung einer Gestattung der Consumtion gleichstehe, kommt zu dem unhaltbaren Resultate, dass dem Verleiher auch bei Lösung des Pfandnexus weder gegen den Entlehner noch den Gläubiger desselben (im Concursfalle) ein Vindicationsrecht zustehe; vgl. 2. Instanz Slg. 6847, 1. Instanz Slg. 3476, und dagegen D. R. G. l. c.

Schulden des Empfängers, eine Gebrauchsart, die bei dem normalen und von den Contrahenten in Aussicht genommenen[11] Verlaufe, nämlich der seinerzeitigen Lösung der Sachen aus dem Pfandnexus, die Rückstellung des Gegebenen in natura nicht ausschließt. Kommt es gleichwohl zur Pfandexecution, so ist dies lediglich ein Fall der vom Entlehner verschuldeten Vereitlung der Rückgabe des Lehnstückes, in welchem er (§ 979) für Schadenersatz haftet. Würde aber der Gläubiger des Entlehners das pfandfrei gewordene Stück nicht herausgeben können oder wollen, so wäre der Entlehner, der ja in der Verpfändung der Sache keinen vertragswidrigen Gebrauch gemacht hat (§§ 978, 979), dafür seinem Verleiher nicht schlechthin haftbar, vielmehr bei Mangel eigenen Verschuldens nur zur Cession seiner Klage gegen den dritten (actio pigneraticia) verpflichtet.[12]

b) Der Gebrauch, zu welchem „geliehen" wird, kann auch in der Nutzung i. e. S. (frui) einer Sache bestehen. Dass in der gesetzlichen Definition des Leihvertrages (§ 971) das Wort „Gebrauch" nicht im strengen Gegensatze zur „Nutzung" oder dem „Fruchtbezug" zu verstehen ist,[13] zeigt die Vergleichung mit § 1090, welcher den Bestandvertrag ebenfalls als Überlassung des „Gebrauchs" kennzeichnet, darunter aber zweifellos auch (§ 1091) den Pachtvertrag begreift, durch welchen dem Pächter „Nutzungen" überlassen werden.[14] Nur so viel kann einer entgegengesetzten Lehre[15] zugegeben werden,

[11] Der Entlehner ist dem Verleiher zur Auslösung der Stücke verpflichtet; so ausdrücklich Cod. Ther. III, 5 Nr. 43.

[12] Vgl. unten S. 229. Darin liegt der, schon in L. 5 § 12 cit. betonte, praktische Unterschied von der Bevollmächtigung zur Verpfändung der Stücke im Namen ihres Eigenthümers, in welchem Falle diesem unmittelbar die Pfandklage gegen den Gläubiger zusteht.

[13] Auch ein innerer Grund, den obligatorischen Vertrag über die unentgeltliche Überlassung eines Fruchtbezuges aus dem Commodat auszuscheiden, ist nicht erfindlich, wenn man bedenkt, daß der Leihvertrag in der Mitte steht zwischen Schenkung und Miete, welche beide auch die Überlassung des frui umfassen. Inconsequent ist es jedenfalls vom Standpunkte der gegnerischen Lehre in solchem Falle zwar nicht ein Commodat, aber doch ein Precarium für möglich zu erklären; vgl. auch Slg. 7410.

[14] Vgl. etwa noch § 1096: „Gebrauch oder Genuss", § 1098: „zu gebrauchen und zu benützen".

[15] Auf das „uti" i. e. S. beschränken das Commodat Kritz S. 459, Koch R. d. Fordg. III S. 419, Sintenis II S. 544 N. 1, Ferrini p. 60 s., wie es scheint auch Baron P. § 275. Positiv ausgesprochen findet sich diese Ansicht im Pr. L. R. III, 21 § 239, § 240; Zeiller III, S. 214, Nippel VI S. 203 geben beinahe wörtlich die Sätze des preußischen Gesetzes als Commentar zum a. b. Gb. (§ 972) ohne jeden Anhalt in diesem Gesetze selbst; ähnlich auch Winiwarter IV S. 171, Stubenrauch zu § 973 Z. 1 (die Herausgeber der 6. Aufl. II S. 165 finden in der Überlassung eines „frui" eine Schenkung der Früchte). Für die im Text vertretene Ansicht spricht sich aus Schmidt S. 127 N. 122 (unter Beziehung auf L. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1) und neuestens Wendt P. S. 593. Vgl. auch unten N. 17.

daß im Zweifel[16] bei der Leihe auch fruchttragender Sachen bloß der „usus“ im engeren Sinne, nicht aber der Fruchtbezug dem Entlehner gestattet erscheint.[17]

c) Wird eine Sache unter Vereinbarung des Schätzwertes, welcher eventuell an ihrer Statt zu restituieren ist, zum Gebrauche übergeben (res aestimata), so bleibt

α) das Geschäft im Zweifel immer noch ein Leihvertrag, d. h. die Ästimation ist nicht so zu verstehen, daſs sie und nur sie Gegenstand der Rückforderung sein,[18] oder daſs es dem Empfänger freistehen solle, sich durch Bezahlung des Schätzwertes statt Rückgabe der Sache zu befreien. Die Schätzungssumme ist weder „in obligatione“ noch „in solutione“, sie bedeutet bloß die für den Fall, daſs der Entlehner wegen Nichtrückstellung der Sache haftbar werden sollte, im voraus fixierte Ersatzsumme.[19] Nach österreichischem Rechte[20] kann aber diese aestimatio auch nicht als Ausdruck des Willens der Parteien gelten, daſs der Entlehner die Gefahr des Zufalles bezüglich des Lehnstückes übernehme.[21]

β) Geht nun aber der Vertragswille wirklich dahin, daſs unbedingt die Schätzungssumme statt der überlassenen Sache geschuldet werde,[22] so ist klar, daſs kein Leihvertrag, und es kann die Frage nur sein, ob ein Darlehen jener Summe vorliege mit „indirecter Hingabe“ der Valuta,[23] oder ein

---

[16] Daſs, namentlich bei der Leihe von res incorporales, bisweilen an eine andere Benützung als durch „frui“ gar nicht zu denken ist, s. oben § 27 N. 2.

[17] So ganz correct Cod. Ther. III 5 Nr. 41; Heimbach S. 659; s. auch D. Mot. II S. 448 f.

[18] Arg. § 1228, nach welchem (anders als nach röm. R. — vgl. Ogonowski Öst. Ehegüterr. I S. 301 f.) die aestimatio dotis im Zweifel als taxationis, nicht venditionis causa gemacht gilt.

[19] Somit eine Art Conventionalstrafe im Sinne des § 1336.

[20] Anders das röm. R.: L. 5 § 3 D. h. t. (vgl. Windscheid II § 375 N. 10, dagegen aber Wendt Jahrb. f. Dogm. XXII S. 380 f., Ferrini p. 293 s.), auch Code Art. 1883.

[21] Das a. b. Gb. enthält darüber keine ausdrückliche Bestimmung; entscheidend aber ist — abgesehen von der im § 990 und § 991 hervortretenden ratio (s. oben § 7), daſs dem Entlehner nicht das Risico der Wertverminderung aufzubürden sei — das arg. aus §. 1080, wonach selbst beim Kauf auf Probe der Käufer, der während der Probezeit als „Entlehner“ angesehen wird, das periculum nicht trägt; vgl. Fr. Hofmann Periculum b. Kaufe S. 100.

[22] Über die verschiedenen Bedeutungen der aestimatio s. Bechmann Kauf II S. 560 ff., und besonders Wendt l. c. S. 384 ff.

[23] Ähnlich das Verhältnis bei der dos venditionis causa aestimata; vgl. Bechmann l. c. S. 563. — Inwieweit hier übrigens § 990 und § 991 eine positive Schranke ziehen, s. oben § 7 u. § 3 N. 21. In derartigen Fällen auch für das heutige Recht (wegen L. 26 pr. D. praescr. verb. 19, 5) einen eigenen Innominatcontract anzunehmen, wie Unterholzner II S. 561, Heimbach S. 670, besteht kein Anlaſs.

Kauf der Sache um jene Summe unter Creditierung des Kaufpreises.[24]

γ) Ein Fall, wo alternativ[25] entweder die Sache zurückzugeben oder der für sie bestimmte Preis zu zahlen ist, ist der (suspensiv bedingte) Kauf auf Probe.[26] Wird hier auch zunächst die Ware zum Gebrauche (auf bestimmte Zeit) überlassen, so ist doch Ziel und Zweck des Geschäftes in dem gleichzeitig bedingt geschlossenen Kaufvertrage gegeben; der ganze geschäftliche Vorgang muss daher als einheitlicher aufgefasst, nicht aber zerrissen werden in einen Leihvertrag und einen Kaufvertrag, deren einer durch den anderen abgelöst würde.[27] Mag immerhin die Rechtsstellung des Käufers vor getroffener Entscheidung mit der eines Entlehners verglichen werden,[28] so sind für das Ganze doch die Normen des Kaufs maßgebend.[29]

δ) Anders verhält es sich, wenn eine Sache zum Gebrauch zur Probe („ad inspiciendum") gegeben wird, um je nach Ausfall der Probe über dieselbe ein Geschäft, sei es Kauf oder ein anderes, zustande zu bringen, jedoch vorläufig ohne auch nur bedingten Abschluss dieses Geschäfts.[30] Darin liegt nicht ein Rechts-

---

[24] Vgl. Bechmann l. c. S. 562. — Ist beim Creditkauf die Sache nur unter Eigenthumsvorbehalt (§ 1063) dem Käufer tradiert, so wächst allerdings die Ähnlichkeit mit dem Commodat, es bleibt aber der wesentliche Unterschied, dass der Empfänger nicht das Recht hat, die Sache statt des Preises zurückzugeben.

[25] Vgl. Bechmann l. c. S. 565; der dort erwähnte Trödelvertrag kommt hier nicht in Betracht.

[26] Bei resolutiv bedingtem Kauf auf Probe (§ 1081) kann, darüber sind auch unsere Commentatoren (s. unten N. 27) einig, von Leihe nicht die Rede sein. — Was hier vom Kauf gesagt ist, gilt auch von anderen „auf Probe" geschlossenen Geschäften; vgl. Unger Jahrb. f. Dogm. XXV S. 353.

[27] Auf die Construction des Kaufs auf Probe kann hier nicht weiter eingegangen werden; es sei nur betont, dass das a. b. Gb. denselben deutlich unter die „besonderen Arten eines Kaufvertrages" (Marg. Rubr. zu §. 1067) einreiht. Die herrschende Lehre ist gleichwohl für die im Text angedeutete Zerreißung des Thatbestandes, so Zeiller III S. 384, Nippel VII, 1 S. 218 f., Stubenrauch II S. 271, Krainz II, 1 S. 218, ähnlich wie auch Förster-Eccius II S. 74 ff. und Ryck S. 178 ff.

[28] Nur diesen Sinn hat in § 1080 (wie an manchen anderen Stellen, etwa §§ 613, 837, 1097, vgl. § 418) die Bemerkung, dass der Käufer während der Probezeit als Entlehner „angesehen" werde; der Umfang seiner Gebrauchsrechte betreffend die Sache (vgl. Pr. L. R. I, 11 § 339), insbesondere aber die Tragung der Gefahr (s. Hofmann l. c. S. 100) wird durch diesen Hinweis kurz beschrieben.

[29] Positivrechtliche Normen des Commodats kommen daher nicht zur Anwendung, so die Präclusivfrist des § 982, aber auch das Recht des Übergebers, die Sache vorzeitig zurückzufordern (§§ 977, 978); vgl. Stubenrauch II S. 272 gegen Nippel l. c. S. 219.

[30] Der Fall ist von dem unter γ besprochenen deutlich unterschieden in L. 20 § 1 D. praescr. verb. 19, 5, ebenso Slg. 5447; vgl. auch Kritz S. 409.

geschäft sui generis, sondern ein Leihvertrag[31] „unter Hinzufügung des Beweggrundes“[32].

II.

Der Abschluss des Leihvertrages.[1]

§ 29.

Als Realcontract kommt der Leihvertrag zustande durch „res“ und „consensus“, deren Verhältnis zu einander oben (§ 4) dargelegt ist.

Die „res“ besteht hier lediglich in der thatsächlichen Überlassung des Gegenstandes der Leihe (der Detention), nicht, wie bei dem Darlehen, in der Übereignung eines Capitales; es kann daher hier keine „indirecte Hingabe“ des Lehnstückes gedacht werden, aber auch keine Complication infolge juristischer Mängel der Hingabe.[2]

Was den Consens anbelangt, so ist derselbe

1. gesetzlich an keine bestimmte Form gebunden — im Gegensatze zur unentgeltlichen Gebrauchszuwendung durch Schenkung.[3] Daß die Parteien den Namen „Leihvertrag“ wählen, ist weder nothwendig noch entscheidend.[4] Wesentlich ist bloß, dass als causa der Übergabe der Sache die leihweise[5] Überlassung ihres Gebrauches zum Ausdruck gelange, und — soll darin nicht ein bloßes Precarium erblickt werden — direct, oder indirect durch den Zweck oder die Art des verstatteten Gebrauches,[6] die Absicht, ein (gewisse Zeit) dauerndes Gebrauchsrecht einzuräumen.

---

31 Die Römer gaben hier, wohl nur, weil die Formel der actio commodati nicht passte (im Sinne L. 1 pr. D. l. c.) actio praescriptis verbis; für uns liegt darin keine Nöthigung, heute noch (so etwa Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 14, Wendt P. S. 595) von einem (unentgeltlichen!) Innominatcontract zu sprechen, der füglich doch nur nach den Regeln des Leihvertrages beurtheilt werden könnte. — Wo das „dare ad experiendum“ lediglich im Interesse des Gebers erfolgt, kann freilich kein Commodat vorliegen, so L. 10 § 1 D. h. t., L. 1 § 2 D. praescr. verb. 19, 5.

32 Wie H. G. B. Art. 341 treffend den verwandten Fall des „Kaufs zur Probe“ charakterisiert. Für die Beurtheilung der Art und der Zeit des überlassenen Gebrauchs kann dieser Beweggrund immerhin bedeutsam werden (cf. L. 13 § 1 D. h. t.).

1 Über Vorverträge s. oben S. 189 f.; über die Möglichkeit einer Leihe „auf Probe“ Unger Jahrb. f. Dogm. XXV S. 353.

2 Vgl. über diese Complicationen beim Darlehen oben §§ 9, 10.

3 Schon deshalb ist die oben § 27 erörterte Abgrenzung von Bedeutung.

4 Vgl. oben S. 208 f. und § 24 N. 10.

5 Damit bezeichne ich die bloß persönliche Verbindlichkeit zur Gebrauchsgestattung im Gegensatze zur Übertragung eines dinglichen Nutzungsrechts; vgl. oben § 27.

6 Welcher seinerseits wieder ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt sein mag; vgl. unten S. 220 f.

Der Vertrag kann durch Stellvertreter geschlossen werden, u. zw. kann sich die Vertretung auf die obligatorische Willenserklärung beziehen oder (auch) auf die Tradition der Sache.[7]

2. Hat der Entlehner auf Grund eines anderen Vertragsverhältnisses — wie z. B. als Verwahrer (§ 959), Geschäftsführer, Mieter — bereits die betreffende Sache thatsächlich in Händen, so bedarf es zum Abschlusse des Leihvertrages nur des Consenses darüber, dass bezüglich dieser Sache von dem bisherigen Obligationsverhältnisse abgegangen, und die Sache dem Inhaber zur „Leihe" belassen werde. Der Leihvertrag entsteht so durch Schuldverwandlung (unächte Novation).[8]

3. Mehrere Sachen[9] können Gegenstand eines Leihvertrages sein, u. zw. nicht bloß „Gesammtsachen" im Sinne des § 302, sondern auch Einzelstücke, die im concreten Falle zu einem gemeinsamen Zwecke einem anderen überlassen werden sollen. Durch Auslegung festzustellen, ob dies beabsichtigt ist, oder ob ebenso viele, gleichzeitige aber selbständige, Leihverträge über die einzelnen Objecte gewollt sind,[10] ist von Wichtigkeit hauptsächlich deshalb,[11] weil in ersterem Falle jeder Missbrauch auch nur eines Stückes einen Verstoß gegen den Vertrag bezüglich aller bedeutet, und daher den Verleiher berechtigt, sogleich (§ 978) alle zurückzufordern.

4. Bei Handlungsunfähigkeit des Verleihers ist der Vertrag nichtig, da er sich zur Überlassung seiner Sache nicht binden kann. Die sofortige Zurückstellung der Sache kann somit nicht unter Berufung auf § 976 verweigert werden.[12]

Auch bei Verpflichtungsunfähigkeit des Entlehners[13] kann der Vertrag ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht gelten. Erscheint das Geschäft zwar als ein für den Entlehner lucratives, so ist doch der „Vortheil" des Gebrauchs der fremden Sache nicht zu trennen von der „damit verknüpften Last" (§ 865) der Haftung

[7] Verschieden von der Ermächtigung, die fremde Sache in eigenem Namen zu verleihen; s. oben § 26 N 6, vgl. auch oben S. 69 f.

[8] S. darüber oben § 11.

[9] Über die Leihe durch oder an mehrere Personen ist besser in anderem Zusammenhange zu sprechen; s. unten § 35.

[10] Vgl. L. 17 § 4 D. h. t., dazu Ferrini p. 68.

[11] Aber auch etwa wegen der Frage der Zulässigkeit der Zurückstellung einzelner Stücke (§ 1415), oder des Umfanges der res judicata (vgl. L. 17 § 4 cit.).

[12] Vgl. Nippel VI S. 308.

[13] Dass das Rechtsgeschäft giltig zustande kommt, wenn auch der Verleiher den Entlehner irrthümlich für verpflichtungsunfähig hält und deshalb an die juristische Kraft des Actes nicht glaubt, besagt, richtig verstanden — s. Kohler Jahrb. f. Dogm. XVIII S. 137 f. — L. 13 § 2 D. h. t. Vgl. übrigens noch unten N. 29.

für custodia und Rückstellung. Wo daher letztere nicht gilt, kann auch ersterer nicht länger in Anspruch genommen werden.[14] Kein Zweifel also, dass der Verleiher seinerseits das Lehnstück sogleich zurückfordern darf, aber auch, dass er damit nicht auf dem Rechtsboden des Leihvertrages steht, sondern einen **außercontractlichen** Zusatz. **Rückforderungsanspruch**[15] erhebt, welcher seinem Wesen und seinem praktischen Erfolge nach von dem Anspruch aus dem Commodat gesondert werden muss.

Zusatz. Über das Verhältnis des **außercontractlichen Rückforderungsanspruchs** (condictio sine causa) zu dem Anspruche aus dem Realcontracte ist bereits (oben § 4 II) gehandelt.[16] Der Fall liegt hier aber doch etwas anders als beim Darlehen. Bei Hingabe eines Darlehens entäußert sich der Geber des Eigenthums, der Empfänger aber verpflichtet sich zur Rückleistung anderer Stücke. Bei Nichtigkeit des Vertrages ist daher der Geber allein auf den persönlichen Bereicherungsanspruch angewiesen, dessen Gegenstand zunächst die sine causa gegebenen Stücke selbst sind,[17] also ein ganz anderer als der der Vertragsklage. Wer hingegen seine Sache durch Leihvertrag — oder gewisse andere Geschäfte, wie Depositum oder Mandat — einem anderen auf bestimmte Zeit anvertraut, hört nicht auf, deren Eigenthümer zu sein, und die Vertragspflicht des Empfängers geht auf sorgfältige Bewahrung und Rückstellung eben dieser Sache. Ist nun der Vertrag — wegen Handlungsunfähigkeit eines Contrahenten, Irrthums oder anderer Gründe — ungiltig, so tritt daher die außercontractliche Rückforderung des Gegebenen nicht an Stelle, sondern neben den Eigenthumsanspruch des Gebers, andererseits aber hat sie dieselbe Sache zum Gegenstande, wie die vertragsmäßige Verpflichtung, die aus dem giltigen Rechtsgeschäfte entsprungen wäre. Einige Bemerkungen über diese beiden Punkte dürften somit hier am Platze sein. — 1. Bei Ungiltigkeit des Leihvertrages steht dem Verleiher, falls er Eigenthümer, publicianischer Besitzer (oder sonst dinglich berechtigt an) der geliehenen Sache ist,[18]

---

[14] Vgl. oben § 9 N. 30; Nippel VI S. 308.

[15] Dies gilt auch dann, wenn der Entlehner etwa thatsächlich die Sache bis nach erlangter Handlungsfähigkeit in Händen behält; vgl. L. 1 § 2 D. h. t. — Von den Delictsklagen, welche dem Verleiher zustehen, ist hier nicht weiter die Rede (vgl. dazu unten S. 235); ebensowenig bedarf es hier der neuerlichen Ausführung, dass der Ersatzanspruch wegen culpa in contrahendo (§ 248, § 866) sowohl von dem Vertragsanspruche (auch im Sinne § 246) als von der condictio sine causa bei Nullität des Geschäfts verschieden ist (s. oben S. 42 f., S. 76).

[16] Von unseren Commentatoren geht nur Nippel l. c. etwas näher auf die Frage ein. Ausführlicher behandelt M. Schuster Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1835, I S. 147 das Thema: „müssen wir unsere Sache von dem Besitzer jederzeit mittelst der Eigenthumsklage verfolgen, oder gibt es nicht persönliche Klagen, denen die Wirkung der Eigenthumsklage zukommt?" Über das classische Recht s. Ferrini p. 68.

[17] S. oben S. 41 f.

[18] Der Verleiher, der nicht Eigen-

gegen den Entlehner die Eigenthumsklage, die actio Publiciana (§ 372) (oder sonstige dingliche Klage) zu Gebote, um sofort wieder zu seinem Gute zu gelangen. Er kann aber auch, sich lediglich auf die Thatsache stützend, dass er die Detention jener Sache ohne „rechtlichen Grund" (§ 1435) dem Gegner überlassen habe — denn der Leihvertrag sei ohne Kraft — das hingegebene Stück zurückfordern; die Theorie erblickt hierin eine condictio sine causa, u. zw. eine condictio possessionis.[19] An der Zuständigkeit dieser Besitzcondiction auch nach österreichischem Rechte[20] zu zweifeln, mag man sie im übrigen „construiren", wie man will, gestattet schon der Wortlaut der §§ 877 und 1435 nicht. Es bedarf keiner Ausführung, dass das Klagfundament dieser condictio — leihweise Hingabe der Sache an den Beklagten und Ungiltigkeit des Vertrages — meist weit leichter herzustellen ist als der für die Eigenthumsklage nöthige Beweis.[21] Ihr Erfolg aber ist derselbe. Nicht nur die Rückgabe der Sache selbst wird durch die persönliche Klage ebenso erzielt, wie durch die dingliche, auch in Bezug auf Ersatz für Verlust und Beschädigung, sowie auf Früchte und Accessionen gelten vermöge § 1437 für beide Rechtsmittel gleiche Normen.[22] Es ist aber gerade für unseren Fall von Interesse, zu erinnern, dass die Verfasser des a. b. Gb. nicht etwa in diesem § 1437 nur eine zufällige Annäherung des persönlichen und des dinglichen Rückforderungsanspruchs zum Ausdrucke brachten. Vielmehr sind geradezu „die Bestimmungen des brgl. Gb. über Rückforderung wegen Mangel des Rechtsgrundes so vorsichtig gefaßt, daß sie die Frage, wie geklagt werden soll, ob mit actio in rem oder in personam offen lassen."[23] Der strenge Anhänger der gemeinrechtlichen Theorie möchte daher vielleicht des Bedenkens sich nicht erwehren können, dass der Verleiher dem Entlehner ja gar keinen juristischen Besitz überlassen habe, dass es somit an einem Object für eine „Besitzcondiction" fehle.[24] Für das österreichische Recht genügt es,

---

thümer oder dinglich Berechtigter ist (s. oben S. 192 u. 204 f.) ist auf die condictio oder ev. eine Delictsklage angewiesen.

[19] Bruns Recht des Besitzes im Mittelalter S. 27 ff. hat bekanntlich diesen „in Vergessenheit gerathenen" Begriff in die neuere gemeinrechtliche Theorie eingeführt; vgl. nur Ihering Grund des Besitzschutzes S. 137 f., Bruns Besitzklagen S. 185 ff., Windscheid § 161.

[20] Vgl. Randa D. Besitz S. 8. Pfaff G. Z. 1868 Nr. 34 S. 138, Pfersche Die Bereicherungsklagen S. 196 f., Burckhard III S. 68 f.

[21] Gegen dritte, denen etwa der Entlehner die Sache unbefugt überlassen hätte, bleibt allerdings nur das Mittel der Vindication; vgl. Slg. 5816.

[22] Nach der Ansicht Pfaff's l. c. S. 138 ist die Condiction für den Kläger sogar günstiger als die Eigenthumsklage, weil erstere auch gegen den gutgläubigen Besitzer auf Herausgabe der (vorhandenen) Früchte gehe. Indes braucht auf die Frage hier nicht eingegangen zu werden; denn, da das Commodat principiell kein Recht zum Fruchtbezug gewährt, so ist in dieser Beziehung der Entlehner regelmäßig nicht bonae fidei possessor.

[23] Strohal Giltigkeit des Titels als Erfordernis wirksamer Eigenthumsübertragung S. 32 f.; vgl. auch Krasnopolski Prager juriſt. Vierteljahrschr. 1891 S. 79 f.

[24] Vgl. Bruns Recht d. Bes. S. 31 f.: „unter Besitz kann dabei natürlich nur juristischer Besitz verstanden werden"; ebenso meinen wohl Windscheid § 161, Pfaff l. c., Randa l. c.

zu sehen, dass ein Fall gegeben ist, wo die Sache gegen den Detentor muss „zurückgefordert" werden können; so gewiss zu diesem Behufe der bloße Detentor mit der Eigenthumsklage zu belangen[25] ist, ebensowenig kann die persönliche „Rückforderung" gegen ihn versagen. — Praktisch noch wichtiger aber ist die folgende Consequenz aus dem angedeuteten Standpunkte unseres Gesetzes. Wenn es wahr ist, dass im Sinne unserer Gesetzgebung die Eigenthumsklage und die condictio sine causa, soweit sie in demselben Falle anwendbar sind, trotz ihres verschiedenen Rechtsgrundes doch nur unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte des Mittels zur „Zurückforderung" seiner Sache erscheinen,[26] so muss dies insbesondere auch für den Fall des Concurses des Empfängers jener Sache gelten. Der „Rückforderungsanspruch" bezüglich in der Masse noch vorhandener „bestimmter Sachen", welchem § 26 (vgl. § 22) Conc. Odg. den Vorrang vor allen anderen Forderungen gegen die Masse einräumt, braucht daher nicht in dem Gewande der Eigenthumsklage aufzutreten, er muss auch in der Form der Condiction Erfolg haben. Auch der Concursmasse gegenüber genügt somit der Nachweis, dass die betreffende Sache vom Kläger dem Cridar „geliehen" und der Vertrag ungiltig sei, um die Ausscheidung der Sache aus der Masse zu erwirken.[27] Der „Verleiher" wird zum Eigenthumsbeweise nicht genöthigt. — 2. Die Verschiedenheit der geschilderten Rückforderungsansprüche von der Contractsklage (actio commodati) sind praktisch nicht zu übersehen. Von dem Unterschiede des Klagfundaments und infolgedessen der Beweispflicht des Klägers abgesehen, seien hier nur einzelne Punkte hervorgehoben. Positivrechtliche Normen des Leihvertrages können, wo der Vertrag eben nicht zu Recht besteht, nicht zur Anwendung kommen. So kann, wenn das „Lehnstück" wegen Nullität des Vertrags zurückgestellt ist, die Präclusivfrist des § 982 für die Rüge von Missbrauch nicht gelten. So kann, falls, etwa wegen Handlungsunfähigkeit des Entlehners, dessen Vertreter die Sache sofort zurückgeben will, der Verleiher sich nicht auf § 877 berufen, um die ihm gerade „beschwerliche" Rücknahme zu verweigern.[28] Aber auch das Verbot der Einwendung des Eigenthums des Empfängers (§ 1109) ist eine dem (Miet- oder) Leihvertrag eigenthümliche Vorschrift, für deren Anwendung kein Platz ist,[29] wo dieser Vertrag nicht

[25] Vgl. Schuster l. c. S. 147 N. 1, und die Commentare z. § 366, Krainz II, 2 S. 90.

[26] Vgl. Strohal l. c. Diesen richtigen Gedanken übertreibt M. Schuster l. c., indem er die Condiction geradezu als dingliche Klage hinstellt. In einem anderen Sinne betrachtet Ihering Jahrb. f. Dogm. XVI S. 230 ff. die condictio als „obligatorischen Schutz des Eigenthums."

[27] Vgl. Schrutka-Rechtenstamm D. Compens. im Conc. S. 17 N. 2, Schuster l. c. S. 151, Schwarz Öst. Concursr. I S. 90, 95 f.

[28] Nippel l. c. S. 308.

[29] Dass die „Besitzcondiction" als solche die Einwendung des Eigenthumsrechts nicht ausschließt s. bei Ihering Grund d. Besitzschutzes S. 138, Windscheid § 161 N. 12, Burckhard l. c. S. 69 N. 2, Wendt Faustrecht S. 52, Pflüger Besitzklagen S. 123 ff.; a. M. Bruns Besitzklagen S. 203,

gilt. Ist insbesondere die Verpflichtungsunfähigkeit des Entlehners der Grund dieser Ungiltigkeit, so versagt offenbar die ratio jenes Verbotes; denn wo die übernommene Verpflichtung rechtlich nicht anerkannt ist, kann auch von besonderem Schutze der fides in Bezug auf die eingegangene Verbindlichkeit nicht die Rede sein. Auch, was die Diligenz des Entlehners betrifft, kommt so wenig, wie eine etwaige besondere Abmachung des Vertrags,[30] das besondere gesetzliche Recht des Leihvertrages zur Anwendung, wo dieser nicht gilt, so etwa die Pflicht des Entlehners, Erhaltungskosten vorzuschießen (§ 981). Andererseits darf in dieser Beziehung über der principiellen Trennung des contractlichen und außercontractlichen Rückforderungsanspruchs Eines nicht übersehen werden. Dem letzteren gegenüber haftet, wie bemerkt, der Inhaber des fremden Gutes gewiß nur für „außercontractliche culpa", nach § 335 (bzw. § 1437). Allein für die Frage, ob solche culpa vorliege, kann der Inhalt des — ungiltigen — Vertrages, auf Grund dessen er das Gut in die Hand bekommen hat, doch nicht gleichgiltig sein.[31] Daß er, wenn anders er das Zustandekommen des Vertrages selbst nicht dolos herbeigeführt hat (§§ 248, 866), die ihm anvertraute Sache dem Vertrage gemäß thatsächlich gebraucht hat, daraus kann ihm, wenngleich dieser Vertrag sich dann als ungiltig erweist, kein Vorwurf gemacht werden; er darf also, trotzdem er „weiß, daß die Sache einem anderen zugehöre" (§ 326), deshalb noch nicht als „unredlicher" Besitzer betrachtet werden. Seine Schuld beginnt aber jenseits dieser Grenze. Auch für die Haftung bei der außercontractlichen Rückforderung wird daher erst zu prüfen sein, welche Art, welcher Umfang, welche Zeit des Gebrauchs im Vertrage gestattet war, allerdings nicht, weil der Geber der Sache daran gebunden wäre, sondern weil darin Redlichkeit oder Unredlichkeit des Empfängers ihre Abgrenzung finden.

III.

Das durch den Leihvertrag begründete Rechtsverhältnis.

§ 30.

Der Leihvertrag begründet nicht wie das Darlehen einen einfachen Anspruch — des Gebers gegen den Nehmer —, sondern ein gegenseitiges[1] ex fide bona zu regelndes[2] Haftungsverhält-

Pfersche l. c. S. 65, 71. — Ein anderes ist es, daß das Eigenthumsrecht des Entlehners nicht selbst als Grund der Ungiltigkeit des Commodats eingewendet werden kann (s. oben S. 193), oder, daß es dem Verleiher, der die Einwendung des Eigenthums des Entlehners zu fürchten hätte, freisteht, die relative Ungiltigkeit (§ 865) des Vertrages wegen seiner eigenen Handlungsunfähigkeit nicht geltend zu machen.

[30] Etwa die Übernahme des periculum (durch taxatio, s. oben S. 212).

[31] Vgl. jetzt auch Bolze Arch. f. d. civ. Prax. LXXVI S. 261.

[1] „Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones": L. 17 § 3 D. h. t.

[2] Inwiefern darin auch für das moderne Recht immerhin ein (relativer) Gegensatz zum Darlehen liegt, s. oben § 15 Zus. Äußerungen dieser vom Richter frei zu beurtheilenden „bona fides" sind z. B. § 973 („mit dem Gebrauche nicht

nis[3] bezüglich der geliehenen Sache. Der Leihvertrag kommt aber nur als Realcontract zustande. Daher ist die Hauptleistung des Verleihers, die Überlassung der Sache an den Entlehner, begriffsgemäß schon in dem Vertragsschlusse vollzogen; für weitere Ansprüche aber (auf Ersatz von Schaden oder Verwendungen) gegen ihn ist in vielen Fällen gar kein Anlass. Dagegen entsteht eben aus dem Empfange zur Leihe die Pflicht des Entlehners betreffend die Rückgabe der Sache, und diese Pflicht wird immer actuell. Als der wesentliche, unmittelbare Erfolg des Vertrages erscheint infolge dessen der Anspruch des Verleihers gegen den Entlehner — actio commodati directa, ein Anspruch des Entlehners gegen den Verleiher aber nur als zufällige Wirkung — actio commodati contraria. Bei alledem ist materiell gerade das Recht des Entlehners, seine Gebrauchsbefugnis, die Hauptsache,[4] der Zweck des Geschäftes; seine Pflichten sind nur der Ausdruck der zeitlichen und sachlichen Grenzen dieses Rechts. Unter diesem Gesichtspunkte also, nicht aber formalistisch von der actio „directa" ausgehend, sind im Folgenden die einzelnen Wirkungen des Leihvertrages zu erörtern.[5] Dabei ist der Musterfall der Leihe einer körperlichen Sache zugrunde gelegt; die sinngemäße Übertragung der Normen auf andere Fälle[6] wird kaum jemals Schwierigkeiten bereiten.

1. Das Rechtsverhältnis bezüglich des Gebrauchs der Sache.

a) Art und Umfang des Gebrauchs,[7] zu welchem der Entlehner befugt ist, richten sich in erster Linie nach der etwaigen ausdrück-

zu zögern") oder § 977 („fällt die frühere Zurückgabe dem Verleiher beschwerlich" . . .).

[3] Vgl. Brinz II S. 594 ff. und Grünhuts Ztschr. I S. 33 ff.; dazu Fr. Hofmann Entstehungsgründe d. Obl. S. 13 f.

[4] Dies betont gut schon Zeiller III, S. 213; vgl. auch Windscheid § 320 N. 2. Die entsprechende Pflicht des Verleihers, die Sache dem Entlehner zum Gebrauch zu belassen (vgl. § 549 D. Entw.), ist somit gerade die wesentliche obligatorische Wirkung des Vertrages (darin der entscheidende Gegensatz zum precarium). Sie tritt in den Hintergrund nur deshalb, weil sie sich im Realcontractsverhältnis, wo die Hingabe als bereits geschehen vorausgesetzt werden muss, lediglich negativ, als Nichtzurückforderndürfen äußert (vgl. D. Mot. II S. 445 f.); bei dem Consensualcontracte der Miete hebt sie auch das Gesetz, § 1096, ausdrücklich hervor. Eine andere Auffassung s. bei Thon Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 60.

[5] Auch das a. b. Gb. handelt von den „Rechten und Pflichten des Entlehners" (Marg. Rubr. zu §§ 972 ff.), also dem „Rechtsverhältnisse" als Einheit. Der D. Entw. (§ 549) geht nur darauf aus die Pflichten einerseits des Entlehners, anderseits des Verleihers zu regeln und verfällt dabei in eine unglückliche Formulierung („Der Entleiher . . . verpflichtet, die Sache vertragsmäßig zu gebrauchen" — vgl. L. Goldschmidt Krit. Erört. I S. 18. Anders nun § 538 der 2. Lesung.

[6] S. oben § 27 N. 6.

[7] Vgl. dazu noch unten §§ 31 u. 32.

lichen Verabredung.[8] Aber auch stillschweigend kann im Vertrage der Gebrauch „näher bestimmt" (§ 972) sein durch den, dem Verleiher bekannten, Zweck,[9] für welchen der Entlehner der Sache bedarf (§ 973), oder durch die besondere vom Verleiher selbst der Sache gegebene Bestimmung.[10]

Gibt weder das eine noch das andere einen Anhaltspunkt, so gilt die Sache als zum „ordentlichen Gebrauch" geliehen,[11] d. i. zu demjenigen Gebrauch, für welchen Sachen dieser Art nach der Verkehrsauffassung regelmäßig dienen[12] — im Zweifel nur zu einmaligem u. zw. baldmöglichstem Gebrauche (§ 973), im Zweifel nur zum eigenen Gebrauche des Entlehners (§ 978), endlich im Zweifel nur zum Gebrauche i. e. S., nicht mit dem Rechte auf Fruchtbezug.[13]

b) Das Besitzverhältnis.

Der Entlehner erlangt durch die Übergabe zur Leihe weder Eigenthum noch juristischen Besitz der geliehenen Sache,[14] sondern nur deren „Gewahrsame" ohne den „Willen, sie als die seinige zu behalten" (§ 309); er wird bloßer „Inhaber" der Sache (detentor alieno nomine), deren juristischer Besitz beim Verleiher bleibt.[15] Allein den Gebrauch dieser Sache macht der Entlehner kraft eigenen Rechts („im eigenen Namen": § 312), er „wendet die einem anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen an" (§ 313), er ist also juristischer Besitzer eines Rechts, des Forderungsrechts nämlich aus dem Leihvertrage. Die äußere Erscheinung (das „corpus") dieses Rechtsbesitzes aber kommt mit der des Sachbesitzes regelmäßig

---

[8] Unrichtig, daſs die ausdrückliche Bestimmung nothwendig sei, wie Schmidt S. 172 ff. behauptet. — Daſs die Abgrenzung der Gebrauchsbefugnisse auch durch die für gewisse dingliche Rechte feststehende Bezeichnung erfolgen kann (vgl. auch Zeiller l. c. S. 214), ist bereits oben § 27 N. 22 bemerkt.

[9] Ein specieller Fall dieser Art ist oben § 28 N. 32 berührt.

[10] Vgl. L. 5 § 7 D. h. t.; Heimbach S. 656.

[11] Der Beweis eines „ungewöhnlich" beschränkten Gebrauchs trifft also den Verleiher (vgl. Kirchstetter S. 503); im übrigen aber ist nach der Auslegungsregel des § 915 in dubio stets für die den Verleiher minder beschwerende Gebrauchsweise zu entscheiden; vgl. Kritz S. 398. — Daſs ein Commodat von verbrauchbaren Sachen nur zu „ungewöhnlichem" Gebrauche denkbar ist, s. oben S. 188; im Zweifel liegt bei ihnen deshalb Darlehen, nicht Commodat vor, vgl. Nippel Mater. I S. 151.

[12] Vgl. Ofner II S. 35.

[13] S. oben S. 211 f.

[14] Wg. Gb. III § 80 hatte das ausdrücklich gesagt (vgl. auch Cod. Ther. III, 5 Nr. 3); im a. b. Gb. § 972 wurde der Passus, als selbstverständlich (Ofner II S. 35), weggelassen. Über das ältere römische R. s. Pernice Labeo I S. 431. — Unsere Commentatoren sind darüber einig, daſs der Entlehner nur „Inhaber" sei, gehen aber auf die Frage, wie sich sein Rechtsbesitz zum Sachbesitz des Verleihers stelle, nicht ein.

[15] Vgl. Heimbach S. 657; Randa Besitz S. 20 f.

darin überein,[16] dass dessen Ausübung die thatsächliche Innehabung der entlehnten Sache in sich begreift.

Daraus ergibt sich für die praktisch entscheidende Frage, wer
Zusatz. den **Besitzschutz** bezüglich dieser Sache genieße, so viel:

α) Gegen dritte Personen, welche die Sache der Gewahrsame des Entlehnens entziehen, oder deren Gebrauch stören, steht sowohl dem Verleiher[17] — als juristischem Besitzer der Sache — als dem Entlehner[18] — als Rechtsbesitzer — die Besitzklage zu.

β) Dem Entlehner gebürt Besitzschutz auch gegen den Verleiher,[19] falls dieser seinen Gebrauch eigenmächtig stört; die Berufung des letzteren auf eine angebliche Überschreitung der Gebrauchsbefugnisse des Entlehners kann im Besitzstreite kein Gehör finden. Der Verleiher aber kann, auch nach Ablauf der Zeit der Leihe,[20] seine Sache nicht mittelst der Besitzklage gegen den Entlehner zurückfordern;[21]

---

[16] Vgl. dazu unten S. 224 f.

[17] Vgl. Randa l. c. S. 117, Slg. 2569. Der Satz ist praktisch wichtig, weil — von Collusion ganz zu schweigen — mancher Eingriff so geartet ist, dass das Interesse des Entlehners gar nicht getroffen wird. Schon deshalb — aber auch mit Rücksicht auf die fortdauernde Ersitzung u. a., vgl. nur Kuntze Zur Besitzlehre S. 112 ff. — geht es gewiss nicht an, mit Ihering Besitzwille (s. bes. S 494 ff.) den Gegensatz zwischen juristischem Besitz und Detention („Eigenbesitz", „Nutzbesitz", und „Verwaltungsbesitz": Strohal Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 2 f.) fallen zu lassen, oder, wie D. Entw. §§ 819 ff., nur dem unmittelbaren Inhaber den Besitzschutz aus eigenem Rechte zu geben; vgl. auch Strohal l. c. XXIX S. 354 ff., Gierke Entw. S. 310.

[18] Darüber ist man einig, dass (im Gegensatze zum römischen Rechte) dem „eigennützigen" Detentor Besitzschutz zutheil werden soll. Es fragt sich nur, ob in der Form von Sach- oder Rechtsbesitz, was praktisch in der That — vgl. Ihering l. c. S. 137, 467 — nicht so wichtig ist.

[19] Vgl. Canstein in Grünhuts Ztschr. VI S. 143, 177; auch der oberste Gerichtshof hat das Princip anerkannt in der in das Judicatenbuch Nr. 3 (Slg. 956) eingetragenen und zahlreichen anderen Entscheidungen, Manz § 339, N. 21 — S. auch Pr. L. R. I, 7 § 169.

[20] Umsoweniger während der Dauer des Leihverhältnisses; darüber wird kaum gestritten, s. Hölder Krit. Vierteljhrschr. XXXIV S. 249 f. — Anders nach römischem Recht, welches dem dominus gegen den detentor Eigenmacht gestattet; vgl. Wendt Faustr. S. 30 ff., 176 ff

[21] Auf die abweichende Ansicht Cansteins l. c. S. 137 ff., 177 f. kann hier nicht weiter eingegangen werden (bei Besprechung des precarium — unten S. 267 f. — wird darauf zurückzukommen sein). Die Spruchpraxis, die sich allerdings fast nur aus Anlass von Bestandverträgen mit der Frage befasst, deutet niemals an, dass es sich da um eine Besonderheit des Bestandverhältnisses handelt, gibt also Canstein (l. c. S. 142) nicht Recht; s. Manz § 339 N. 21 Abs. 2 und N. 22 und neuestens insbesondere die im Sinne des Textes ergangene Entscheidung bezüglich des Leihvertrages Slg. 12043, Fälle, die übrigens auch gegen Ihering l. c. S. 127 zeigen, dass eine Besitzklage des Vermieters oder Verleihers gegen den Detentor auf Rückgabe der Sache nicht so unerhört ist. Gegen Canstein vgl. Randa l. c. S. 224 N. 32b, Burckhard III S. 72 f.; s. jetzt auch Hirsch Principien d. Sachbesitzerwerbs S. 734 f., Pfersche Österr. Sachenr. I S. 226 f.

denn auch die Beendigung des Leihverhältnisses ist eine Frage, die nur in petitorio erledigt werden kann.[22]

Zusatz. Eine erschöpfende Erörterung über den **Besitzschutz** im Leihverhältnisse wäre nahezu gleichbedeutend mit einer Darstellung der gesammten Besitzlehre. Dass nun eine Abhandlung über ein specielles Obligationsverhältnis[23] es vermeidet, diese Frage in ihrer ganzen Größe aufzurollen, bedarf kaum der Entschuldigung. Gleichwohl gehört die Gestaltung des Besitzverhältnisses mit zur Charakteristik der Gebrauchsleihe, und zur Erläuterung des Textes bedarf es wenigstens einer Andeutung des Standpunktes in der Besitzlehre des österreichischen Rechts, von welchem dabei ausgegangen ist. — Das a. b. Gb. stellt grundsätzlich, so wie die herrschende Pandektenlehre, die bloße „Inhabung" einer Sache dem „Besitze" mit animus domini, diesen in der extremsten Fassung[24] als „Willen, sie als die seinige zu behalten" bezeichnet, entgegen (§ 309). Mag man nun über die Theorie vom „Besitzwillen" denken, wie man will, de lege lata nach österreichischem Rechte dem Commodatar „Besitz" der geliehenen Sache zuzuschreiben,[25] erscheint angesichts der erwähnten Begriffsbestimmung als ein Ding der Unmöglichkeit. Nur der „Besitzer" einer Sache genießt aber den possessorischen Schutz der §§ 339 und 346;[26] zu behaupten, dass auch der bloße Inhaber dieses Schutzes theilhaftig sei, hieße dem Gesetze zumuthen, dass es nicht einmal in eben dem Hauptstücke, an dessen Spitze es im § 309 die scharfe Sonderung der Begriffe „Besitz" und „Inhabung" verkündet, an der entscheidenden Stelle diese Ausdrücke im technischen Sinne gebraucht![27] Dem Entlehner Sachbesitzschutz zuzusprechen, ist daher ausgeschlossen. Steht nun das a. b. Gb. so weit völlig auf dem Boden des römischen Rechts, so anerkennt es andererseits im Gegensatze zum römischen Rechte den Rechtsbesitz im allerweitesten, vielleicht allzu weiten,[28] Umfange: es kennt geschützten Besitz nicht nur dinglicher, sondern auch obligatorischer Rechte, einen Besitz affirmativer, negativer und Verbots-Rechte (§ 313). Kein Zweifel, dass der Gebrauch einer Sache durch den Entlehner sich demnach als Besitz

---

[22] Vgl. auch Strohal l. c. S. 374 ff.

[23] Bei Behandlung des Bestandvertrags, wo die Frage wesentlich ebenso liegt und praktisch natürlich von größerer Bedeutung ist, wird dieselbe gleichfalls berührt werden müssen. Vgl. auch unten § 42.

[24] Vgl. über und gegen diese Formulierung des Besitzwillens jetzt nur Detnburg P. I § 172.

[25] So Burckhard III S. 10 f., ähnlich Nippel VI S. 302; dass die Redactoren des a. b. Gb. nicht dieser Ansicht waren, ist bei der Berathung über § 471 (Ofner I S. 300) ausdrücklich gesagt.

[26] Dies ist auch die herrschende Lehre; vgl. Randa l. c. S. 60, 107 f., insbesondere darüber, dass auch die Vdg. v. 27. Oct. 1849 R. G. B. 12 nicht — wie z. B. Slg. 956 behauptet ist (dagegen Slg. 2569) — den Schutz der bloßen Inhabung eingeführt hat. S. ferner gegen die Ansicht, welche dem Inhaber zwar nicht die Besitzentsetzungsklage, wohl aber die Besitzstörungsklage zugestehen will, die Berathungen zu § 339 (Ofner I S. 237 f.), in welchen diese Auffassung ausdrücklich abgelehnt wurde, und Randa l. c. S. 107 N. 2.

[27] So in der That Unger Entw. d. brgl. Gb. f. Sachs. S. 81, Burckhard III S. 8.

[28] Vgl. Strohal l. c. S. 352 f.

des Gebrauchsrechts darstellt, und als Rechtsbesitz Schutz genießt[29], während juristischer Besitz und Besitzschutz bezüglich der Sache nach wie vor nur dem Verleiher zukommen. — Für das richtige Verständnis des praktischen Verhältnisses dieses beiderseitigen Besitzes ist nun aber Eines von Wichtigkeit. Der strenggläubige Romanist müßte sagen: Der Besitz des Verleihers und der Besitz des Entlehners haben ein verschiedenes Object; jener die Sache, dieser das persönliche Recht aus dem Commodat, noch richtiger wohl die persönliche Leistung des Commodanten.[30] Die Folge ist zunächst, dass dritten gegenüber beide, Verleiher wie Entlehner, Besitzschutz genießen — ein gewiss nicht unerwünschtes Resultat;[31] eine ebenso unabweisbare Consequenz wäre aber auch die, dass der Verleiher, als der juristische Besitzer der Sache, diese jederzeit durch Besitzklage dem Entlehner abnehmen könnte. Mit der Berufung auf den Leihvertrag vermöchte dieser die Klage nicht abzuwehren; denn das wäre eine petitorische Einrede. Aber auch seinen Rechtsbesitz dürfte er nicht entgegenhalten, so wenig wie der Besitz eines Grundstückes von der Verurtheilung im Besitzstreite über ein anderes befreien kann. Würde dann aber seinerseits der Entlehner gegen den Verleiher klagen, weil dieser durch die Entziehung der Sache seinen Rechtsbesitz gestört habe, so müsste auch er durchdringen; denn das Urtheil in jenem ersten Besitzprocesse betraf ja den Besitz eines ganz anderen Objects — ein unerträglicher Cirkel! Allein das a. b. Gb. hat eine, vielleicht theoretisch minder correcte, aber praktisch weit bessere Auffassung von diesem Verhältnis. Allerdings hat es nicht die, in neuerer Zeit erst zu gerechterer Würdigung gelangte, Idee des preußischen Landrechts,[32] den „unvollständigen Besitz", aufgenommen. Indem das pr. L. R. dem Rechtsbesitzer, so insbesondere dem Entlehner, zugleich „unvollständigen Besitz" der Sache zuschreibt (I, 7 §§ 6, 9), deren vollständiger Besitz dem Eigenthümer bleibt (§ 7 l. c.), bringt es deutlich zum Ausdrucke, dass beider Besitz dasselbe Object betrifft.[33] Der directe Ausdruck dafür fehlt, wie gesagt, im a. b. Gb.; dennoch aber entspricht dieser Gedanke, und nicht etwa die oben angedeutete Subtilität, dem Geiste auch des österreichischen Gesetzes. Fasst dieses doch das Forderungsrecht als Recht „zur Sache" auf (§ 307), eine Vorstellung, die trotz aller gegen dieselbe erhobenen Bedenken, wenigstens für diejenigen Obligationen, deren

---

[29] Vgl. Randa l. c. S. 20, Canstein l. c. S. 152, Pfersche l. c. S. 223. Für den Inhaber kraft eigenen Rechts leistet praktisch der Schutz seines Rechtsbesitzes vollkommen den Dienst des Schutzes der Sachinhabung; vgl. schon Bruns Recht d. Bes. im Mittelalter S. 458, auch Burckhard l. c. S. 11. Die Anwendung der Kategorie des „abgeleiteten Sachbesitzes", welche Wendt Faustr. § 16 für diese Fälle vorschlägt, führt zu der mißlichen Consequenz, dass dadurch der Besitzschutz nur dem Detentor zugestanden wird (vgl. unten bei N. 31); vgl. dazu Pininski Sachbesitzerwerb II S. 273 f.

[30] Vgl. oben S. 205.

[31] Vgl. Strohal l. c. S. 379 f.

[32] S. Ihering Besitzwille S. 461, Dernburg Pr. R. I S. 357 f., Bähr Urth. d. R. G. S. 40 f., Geller Grünhuts Ztschr. V S. 364 ff., Pfersche l. c. S. 83 f.

[33] Ähnlich in anderer Form § 208 sächs. Gb.

Inhalt ein Gebrauchsrecht bezüglich einer fremden Sache bildet, nicht einfach übergangen werden kann. Sie ergibt aber jedenfalls so viel, daſs im Sinne des Gesetzes der Besitz auch des persönlich Gebrauchsberechtigten ebensogut die Sache betrifft, wie der des Eigenthümers selbst. Das Verhältnis des Rechtsbesitzers und des Sachbesitzers — hier des Entlehners und des Verleihers — will somit dem a. b. Gb. gemäß so gedacht sein, nicht etwa, daſs beider Besitz sich im Objecte gar nicht berührt, sondern daſs der Rechtsbesitz des einen den Sachbesitz des anderen beschränkt.[34] Ja, § 327 behandelt (s. Marg.-Rubr.) beide sogar als „Mitbesitzer", und Wg. Gb. II, § 57, dem dieser § 327 ohne wesentliche Änderung entnommen wurde,[35] hatte geradewegs erklärt, in solchem Falle „treffen mehrere und verschiedene Besitzer eines Ganzen zusammen". So weit nun der Rechtsbesitz des Entlehners reicht, muſs er naturgemäß dem Sachbesitz des Verleihers vorgehen, und ist daher diesem gegen jenen die Besitzklage versagt, jenem gegen diesen gestattet; muſs doch auch in petitorio der Eigenthumsanspruch dem Anspruche aus dem Leih- oder Mietvertrage weichen. Damit erscheinen die im Texte (oben S. 222) aufgestellten Sätze auf ihre gesetzliche Grundlage gebracht. Zugleich aber mag aus den letzten Bemerkungen noch eine Ergänzung dieser Sätze abgeleitet werden: In der Regel, bei Mobilien wohl ausnahmslos, bedeutet die Überlassung zum Gebrauche Übertragung der alleinigen Inhabung der Sache selbst an den Entlehner. Sein Rechtsbesitz schlieſst daher (nicht den juristischen Besitz, aber) die Inhabung des Verleihers aus; deshalb durfte für diese regelmäßige Gestaltung des Verhältnisses gesagt werden, der Verleiher könne schlechthin keine Besitzklage gegen den Entlehner anstrengen. Immerhin aber lassen sich Fälle, namentlich was Immobilien betrifft, denken, wo der dem Entlehner überlassene Gebrauch für diesen nicht die Inhabung der ganzen Sache erfordert, wo vielmehr als Inhaber dieser Sache immer noch der Verleiher gelten muſs.[36] Wollte sich in solchem Falle der Entlehner der Sache selbst bemächtigen, so stünde sein beschränktes Gebrauchsrecht der Besitzklage des Verleihers nicht im Wege; hier handelt es sich nicht um einen in possessorio ausgeschlossenen Streit über die Grenzen des Gebrauchsrechts, sondern um die Anmaßung einer Inhabung, die der Verleiher gar nicht aufgegeben hatte.

§ 31.

2. Zurückstellung der entlehnten Sache.

Die Hauptpflicht des Entlehners ist die Zurückstellung der entlehnten Sache (in specie) nach Ablauf der Zeit der Leihe (§ 972).

a) Die Zeit der Zurückstellung, oder die Fälligkeit des vertragsmäßigen Rückforderungsanspruchs des Verleihers (actio commo-

[34] Vgl. Ihering l. c. S. 137 f., 319 f., Strohal l. c. S. 371 N. 38.

[35] Ofner I S. 237.

[36] Vgl. die lehrreichen Beispiele bei Strohal l. c. S. 347 ff., 377; dazu Slg. 9964, Pfersche l. c. S. 227.

dati directa) ergibt sich aus dem Vertrage selbst.[1] In diesem kann sie direct durch Benennung eines dies für die Rückgabe oder Bestimmung der Dauer des Gebrauches ausgedrückt sein; sie kann aber auch nur mittelbar bestimmt sein durch Art und Zweck des Gebrauches (§ 973), zu welchem geliehen wird. So wie nun in letzterem Falle naturgemäß der Tag der Zurückstellung gar häufig nicht strenge fixiert erscheint, so widerspricht es dem Wesen des Leihvertrages auch in ersterem Falle nicht, wenn der Zeitpunkt der Beendigung nicht auf Tag und Stunde genau festgesetzt, sondern dem Gebrauchsrechte des Entlehners ein gewisser, von ihm allerdings nicht rücksichtslos auszunützender, Spielraum gelassen wäre, aber auch nicht, wenn die Zeit der Zurückforderung dem arbitrium boni viri des Verleihers anheimgegeben wäre (§ 976). Die Grenze des Leihvertrages, bei welcher das Gebiet des bloßen Precarium beginnt, liegt dort, wo die Zeit der Rückforderung derart der „Willkür" (§ 974) des Verleihers vorbehalten bleibt, daß keinerlei Gebundenheit für ihn und eben deshalb auch keinerlei irgend dauerndes Recht des Empfängers durch die Hingabe der Sache begründet erscheint.[2] Im einzelnen ist darnach nur zu bemerken:

α) Ist die Zeit der Rückgabe nur indirect bestimmt, so ist der Anspruch des Verleihers fällig zu der Zeit, zu welcher unter der Voraussetzung, daß der Entlehner darauf bedacht ist, den Verleiher möglichst wenig zu beschweren, der beabsichtigte Gebrauch vollendet sein kann — gleichviel dann, ob er diesen Gebrauch thatsächlich schon gemacht hat oder nicht.[3] Dies der Sinn des § 973: „Wenn keine Zeit zur Zurückgabe festgesetzt, wohl aber die Absicht des Gebrauches bestimmt worden ist; so ist der Entlehner verbunden, mit dem Gebrauche nicht zu zögern, und die Sache sobald als möglich zurückzugeben."[4] Darnach also hat der Richter gegebenen Falles „ex bona fide" über die Fälligkeit des Rückforderungsanspruches zu entscheiden.[5]

---

[1] Daß irgendwelche Zeitdauer dem Leihvertrage wesentlich ist, s. oben S. 188 u. 214.

[2] Mehr darüber unten § 37.

[3] Ähnlich formuliert der D. Entw. § 555, hier (s. dagegen oben § 30 N. 5) den Fehler des § 973 a. b. Gb. vermeidend, nach dessen Wortlaut der Entlehner zum Gebrauche verpflichtet wäre.

[4] Vgl. § 904: „sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub".

[5] Das ist nicht dasselbe, wie wenn man in gewissen Fällen nach § 904 (2. Satz) „die Erfüllungszeit von dem Richter nach Billigkeit festsetzen lassen" muß — Zeiller III S. 215, Nippel VI S. 304, Winiwarter IV S. 173, auch Schmidt S. 204 f. verwechseln beides —; in den Fällen des

β) Der Beweis eines längeren Gebrauchsrechts trifft im Streitfalle den Entlehner,[6] wenn einmal feststeht, dass ein Leihvertrag vorliegt: §§ 975, 915.[7] Den Beweis jedoch des geschlossenen Leihvertrages selbst, als des Fundamentes der actio commodati, den Beweis also, dass die in Anspruch genommene Sache dem Geklagten vom Kläger geliehen, und, falls deren Empfang zugestanden wäre, dass die Sache „bloß zum Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben" sei, hat nach allgemeinem Grundsatze der Kläger zu führen.[8]

γ) Vor der Zeit, für welche er dem Vertrage gemäß zur Gebrauchsüberlassung verbunden ist, darf der Verleiher die Sache nicht zurückfordern[9] (§ 1413), wenngleich sie ihm „selbst unentbehrlich wird": § 976[10] — es wäre denn, dass das Gegentheil ausdrücklich verab-

§ 904 constituiert der Richterspruch „nach Billigkeit" erst die Fälligkeit der Schuld, vorher kann daher von mora des Schuldners keine Rede sein, in dem Falle des Textes (§ 973) aber steht die Fälligkeit, daher möglicherweise auch die mora des Entlehners objectiv fest und der Richter urtheilt darüber nach der bona fides.

[6] Auf den interessanten Versuch Bekker's P. II § 114 Beil. I., diese Beweisfrage durch die feine — wohl allzufeine — Unterscheidung zu lösen, ob die Zeitbestimmung „Nebenbestimmung" oder „individualisierende Bestimmung" ist (s. dagegen Hölder P. § 52 Anm. u. § 53 Anm. 1) braucht angesichts der positiven Antwort, welche § 975 auf die Frage gibt, hier nicht näher eingegangen zu werden. -

[7] Aus § 975 sollte nicht, wie die Commentare zu diesem Paragraphen — Zeiller, Nippel, Winiwarter, Stubenrauch — lehren, gefolgert werden, dass daher auch die Vermuthung für Precarium im Gegensatz zum Commodat spreche. Abgesehen davon, dass § 975 überhaupt keine Rechtsvermuthung aufstellt (vgl. Unger II S. 576, Krainz II, 1 S. 206 N. 16), handelt es sich bei diesem Gegensatze nicht um einen Streit über die Dauer des Gebrauchsrechts, sondern darüber, ob ein Recht des Geklagten zum Gebrauche überhaupt bestehe (vgl. unten § 37 N. 40). Richtig ist also nur, dass, wenn der Kläger bittweise Hingabe der Sache behauptet, und bewiesen, hat (so war es in dem Falle Slg. 935), allerdings der Geklagte den Gegenbeweis zu führen hätte, dass ihm ein Recht des Gebrauchs eingeräumt sei (Leihvertrag); bei Bestand jener angeblichen Rechtsvermuthung brauchte der Kläger hingegen gar keinen Beweis über die behauptete bittweise Überlassung der Sache zu führen.

[8] So hatte ausdrücklich Wg. Gb. III § 90 bestimmt. Der dagegen nicht selten gehörte Einwand, dass ja „Schenkungen nicht vermuthet werden", wurde schon bei der Berathung über § 90 cit. durch den Hinweis auf den auch in § 323 anerkannten Grundsatz, dass der Kläger den Klagegrund zu erweisen habe, erledigt; vgl. Ofner II S. 38 f. Richtig auch Slg. 9469.

[9] Die Hingabe zur Leihe ist eine Gefälligkeit, ist sie aber einmal erfolgt, so darf der Empfänger nicht in seinem Vertrauen getäuscht werden, „adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet": L. 17 § 3 D. h. t.

[10] § 976 wiederholt im Grunde nur mit besonderer Emphase die Regel des § 1413. Damit wollte man die für das gemeine Recht vielfach vertretene Lehre (vgl. die Citate bei Glück XIII S. 446 N. 43, Windscheid § 375 N. 13, Heimbach S. 660, Kritz S. 419), welche auch im Pr. L. R. I, 21 § 235 (jetzt auch im D. Entw. § 557 Z. 2, 2. Lesung § 545 Z. 1) Aufnahme fand, ausdrücklich ablehnen. Vgl. Unger Handeln auf eig. Gef. (2. Aufl.) S. 20 ff. Die Motivierung bei den Berathungen (Ofner II S. 36) mit den

redet (§ 976) war, oder dass der Entlehner sich einen Missbrauch des Lehnstückes zuschulden kommen lässt (§ 978). Jedenfalls aber muss der Entlehner, auch wenn eine Zeitdauer verabredet war, auf Verlangen des Verleihers die Sache doch auch vor dieser Frist zurückstellen, sobald er den beabsichtigten Gebrauch thatsächlich schon früher beendigt hat (arg. a contr. § 976).

Der Entlehner darf seinerseits die Sache auch vor Ablauf der bedungenen Zeit, oder ohne von ihr Gebrauch gemacht zu haben, zurückstellen (§ 977, 1. Satz); die Zeitbestimmung gilt in dubio als nur zu seinem Gunsten beigefügt. Doch hat er, der Natur des bonae fidei negotium entsprechend, auch in dieser Richtung auf den Verleiher billige Rücksicht zu nehmen;[11] er kann diesem daher, wenn ihm „die frühere Zurückgabe beschwerlich fällt",[12] die Sache nicht aufdrängen (§ 977, 2. Satz).

b) Nebst dem Lehnstücke selbst sind alle mit demselben geliehenen oder bei dem Entlehner hinzugekommenen[13] Accessionen an den Verleiher herauszugeben, desgleichen jeder über den bloßen Gebrauch hinausgehende Gewinn, den der Entlehner aus der Sach gezogen hat, sofern ihm nicht ausnahmsweise im Leihvertrage ein Recht auf diesen Ertrag eingeräumt ist.[14]

Principien des Naturrechts (vgl. auch Wiener Heineccius § 799, Höpfner Comm. § 772 N. 1, Glück l. c. S 447 f.) ist allerdings nicht sehr befriedigend (besser Zeiller III S. 217, gegen den sich Kritz S. 457 wendet); aber der Satz des § 976 schneidet, doch wohl zweckmäßig, eine Menge von Streitigkeiten ab, wie sie die Berufung auf angeblich „unvorhergesehenes" Bedürfnis des Verleihers mit sich bringt (man sehe etwa nur, was nach der Ansicht von Pothier Oeuvr. V. p. 331 s., welche in den Code Art. 1889 Eingang gefunden hat, der Richter zu untersuchen hätte; vgl. auch die Bemerkung von Schneider u. Fick in dem Commentar zum schweiz. Obl. R. Art. 326).

[11] Damit ist also nicht gesagt, dass überall, wenn der Verleiher zugleich die Absicht hatte, seine Sache für die Zeit der Leihe zu versorgen (vgl. oben S. 210), mit dem Leihvertrage ein Verwahrungsvertrag „verbunden" und daher § 962 anzuwenden sei (so Winiwarter IV S. 175, aber wohl auch Zeiller III, S. 218). Ebensowenig aber verwandelt sich das Commodat in ein depositum von dem Zeitpunkte, wo der Entlehner die Zurückstellung der Sache anbietet und deren Annahme auf Grund § 977 verweigert wird (so Kirchstetter S. 503).

[12] Das ist nach der Lage der Dinge zur Zeit der beabsichtigten Zurückgabe zu beurtheilen, nicht aber schlechthin nach den Absichten des Verleihers bei dem Abschlusse des Leihvertrages — vgl. vorige Note; man kann daher auch nicht geradezu behaupten, es sei, so oft das Commodat durch „Verwandlung" aus einem Verwahrungsvertrag (§ 959, vgl. oben S. 215) entstanden ist, der Fall des § 977 gegeben; so aber Nippel VI S. 306, Stubenrauch II S. 167.

[13] Ob diese letzteren Accessionen als mit geliehen gelten, d. h. gleichfalls dem Gebrauche des Entlehners überlassen sind, ist Auslegungsfrage; anders Ferrini p. 287.

[14] Vgl. die klare Formulierung im Cod. Ther. III. 5 Nr. 41; vgl. Ferrini p. 257 s.

Insbesondere sind demnach in der Regel[15] alle vom Entlehner percipierten Früchte zu restituieren, bezw. die von ihm consumierten zu ersetzen. Ja, sofern die betreffende Sache bei ordentlicher Benützung Früchte tragen soll,[16] die Einbringung dieser Früchte aber vermöge der Überlassung des Gebrauchs an den Entlehner vom Verleiher selbst nicht besorgt werden kann,[17] erscheint die Fruchtgewinnung für Rechnung des letzteren sogar als Pflicht des ersteren (arg. § 981), und in so weit muss daher gesagt werden, dass der Entlehner auch für „fructus percipiendi" hafte.

Herauszugeben ist insbesondere ferner das sog. „stellvertretende commodum";[18] ist die unversehrte Rückgabe der Sache unmöglich geworden infolge eines vom Entlehner nicht zu vertretenden Umstandes, so hat dieser doch dem Verleiher das auszuliefern, was er an Stelle des Verlorenen in Händen hat,[19] vor allem also die Ansprüche abzutreten, welche ihm auf Grund jenes Verlustes etwa gegen dritte Personen erwachsen sind.[20]

c) In Bezug auf den Ort der Zurückstellung gelten die allgemeinen Normen. Ist keine andere Vertragsabsicht erweislich,[21] so sind daher Mobilien[22] an dem Orte des Vertragsschlusses (§. 905), d. i. dort, wo sie dem Entlehner gegeben wurden,[23] auch wieder

---

15 S. oben S. 211 f. Soweit dem Entlehner ein Fruchtbezugsrecht zusteht, wäre die Auseinandersetzung bei Endigung der Leihe nach Analogie des § 519 zu pflegen.

16 Ein „guter Haushälter" (§ 513) somit die Fruchtgewinnung nicht vernachlässigt.

17 Man denke etwa an die Entlehnung von Wertpapieren mit daran hängenden Coupons.

18 Vgl. über diesen Begriff Mommsen Erörterungen aus dem Obligationenr. I. S. 76 ff. — Das a. b. Gb. anerkennt das im Text besprochene Princip im § 1447; vgl. Schoberlechner G. Z. 1889 Nr. 35 N. 150, Hasenöhrl II S. 584 f.

19 Beispielsweise bei Beschädigung der Sache durch Dritte den bei diesen schon eingebrachten Ersatzbetrag; oder die an Stelle der entlehnten Wertpapiere eingetauschten Stücke, s. den Fall Slg. 6847.

20 Vgl. Mommsen l. c. S. 89 ff., Windscheid § 327 N. 12, Ihering Abhandl. I S. 48 ff. — Für den Hauptfall, die Vereitelung der Zurückstellung durch Delicte dritter Personen (vgl. unten S. 234), war diese Pflicht zur Klagencession im römischen Rechtssysteme bei der Specialisierung der Delictsklagen weit wichtiger als heute, wo dem Verleiher vermöge § 1295 meist ein directer Ersatzanspruch gegen den Dritten (eventuell auch auf Grund einer in rem versio, vgl. Slg. 5816) zustehen wird. Doch bleibt die Pflicht zur Abtretung auch heute noch von Bedeutung, etwa, wenn der Entlehner den Process gegen den Dritten schon begonnen oder schon Executionsrechte erworben hätte (Slg. 6946), vor allem aber, wo dem Commodatar ein Vertragsanspruch gegen den Dritten — etwa aus einem Depositum, einem Versicherungs- oder Frachtvertrag — zu Gebote steht.

21 Vgl. dazu Reatz Lehre v. Erfüllungsort S. 84 ff.

22 Immobilien können, da hier nur die physische Rückgabe in Frage ist, natürlich nur dort zurückgestellt werden, wo sie gelegen sind; vgl. Nippel VI S. 123 f., Hasenöhrl I S. 310.

23 Vgl. oben S. 39.

zurückzustellen. Dort hat — der Natur der Leihe als einer Gefälligkeit des Gebers entspricht diese Rücksicht auf seine Bequemlichkeit — der Entlehner die Sache zum Verleiher zu bringen.[24] Damit ist auch gesagt, dass der Entlehner bis dahin, also namentlich auch bezüglich des Transportes, für volle Sorgfalt[25] haftet.

§. 32.

3. Haftung des Entlehners für Beschädigung und Verlust der Sache (custodia).

Der Entlehner ist für volle Sorgfalt in Bezug auf den Gebrauch, die Verwahrung und die Zurückstellung des geliehenen Gegenstandes sammt dessen Zubehör verantwortlich. Das a. b. Gb. kennt keine gesetzlich[1] gesteigerte „custodia" des Commodatars in dem Sinne der Haftung für Zufall.[2] Der Entlehner hat nach der allgemeinen Regel (§ 1295) nur sein Verschulden,[3] aber auch jeden Grad von Verschulden (omnis culpa) zu vertreten, sowie auch der Umfang seiner Ersatzpflicht sich nach der allgemeinen Regel (§§ 1324, 1331, 1332) bestimmt. Der Entlehner, welcher die Lehnstücke nicht, oder nicht vollständig, oder nicht unversehrt zurückstellt, hat darnach Ersatz zu leisten (§ 979)[4], wenn er nicht beweist (§ 1298), dass ihn dabei keinerlei Verschulden trifft.[5] Im einzelnen ist hervorzuheben:

[24] Arg. § 915. Vgl. Reatz l. c. S. 50, Windscheid § 282 N. 4. Mit Recht bemerkt übrigens Pothier l. c. p. 338, dass die vom Entlehner zu beachtende Rücksicht auf den Verleiher im Falle eines Domicilwechsels des letzteren ersterem auch nicht gestatten würde, auf der Ablieferung in dem alten Domicil zu bestehen.

[25] Dass der Transport schlechthin auf Gefahr des Entlehners geschehe, wie Wg. Gb. III § 92 bestimmt hatte, lässt sich vom Standpunkte des a. b. Gb. nicht behaupten (vgl. Ofner II S. 39), insbesondere kann darauf auch aus § 429 kein Schluss gezogen werden; vgl. auch Pfaff zur Lehre v. Schadenersatz S. 84 f.

[1] Bezüglich vertragsmäßiger Übernahme der Gefahr (durch aestimatio) s. oben S. 212.

[2] Auf die Untersuchungen über Wesen und Anwendungsgebiet einer „technischen" oder „Garantie"-custodia im römischen Rechte ist daher hier nicht einzugehen; vgl. darüber namentlich Brinz II § 268, Baron Archiv f. d. civ. Prax. LII S. 65 ff. und LXXVIII S. 260 ff., Engelmann, custodiae praestatio (1887), bes. S. 76 ff., Bruckner, D. Custodia (1889), bes. S. 206 ff., Ferrini p. 261 ss. und Pernice Labeo II S. 353 ff.

[3] Anders noch Wg. Gb. III § 85.

[4] Der Wert der verlorenen Sache ist dem Verleiher zu ersetzen, auch wenn er nicht der Eigenthümer ist; ob der Verleiher das Empfangene dem Eigenthümer herauszugeben hat, „ist eine weitere Frage, die den Leiher nicht berührt": Dernburg Pr. R. II § 175 N. 7. Damit steht das oben § 26 N. 45 Gesagte nicht im Widerspruch.

[5] Auch eine positive Pflicht des Entlehners, jeden Schaden sofort dem Verleiher anzuzeigen, kennt das a. b. Gb. nicht so, wie Pr. L. R. I, 21 § 253, I, 14 §§ 35 ff., woselbst die Unterlassung der Anzeige von großer Bedeutung für die Beweislast ist (vgl. Fischer S. 453 f.). Im Anklange daran machen Zeiller III S. 220, Rippel VI S. 308 auch zu

a) Der Entlehner haftet für „übertriebene" Abnutzung der Sache (§ 982), nicht aber für die mit dem vertragsgemäßen Gebrauche nothwendig verbundene, mag dieselbe durch die Länge der Zeit auch noch so bedeutend werden.[6] Er haftet überhaupt nicht für die Gefahr, welcher die Sache bei vertragsmäßiger Benützung ausgesetzt werden musste.[7]

Er ist aber andererseits verpflichtet, das Lehnstück „als ein guter Haushälter in dem Stande zu erhalten, in welchem er es übernommen hat" (§ 513), daher auch, soferne dies zur Erhaltung des wirtschaftlichen Standes — etwa einer Realität — nöthig ist, Früchte zu ziehen,[8] oder für Herstellungen und Nachanschaffungen — etwa in eine ihm geliehene Gesammtsache — zu sorgen, u. zw. falls ihm die volle Nutzung (das „frui") zusteht, auf eigene Rechnung (arg. § 513 cit., § 981, 1. Satz),[9] sonst aber für Rechnung des Verleihers (§ 981, 2. Satz).

b) Der Entlehner haftet für Verschulden, nicht für „bloßen Zufall", wohl aber für sog. „casus mixtus", d. i. den „durch sein Verschulden veranlassten Zufall" (§ 1311).[10] Letzteres wird vom Gesetze (§ 979) unter Hinweis auf die in § 965 aufgeführten Fälle besonders betont. Als solche kommen namentlich folgende in Betracht:

α) Wenn der Entlehner die Sache vertragswidrig gebraucht,[11] wozu auch in der Regel die Weiterverleihung oder sonstige Gebrauchsüberlassung an Dritte gehört (§ 978),

β) wenn er die Sache „ohne Noth"[12] einem Dritten zur Aufbewahrung anvertraut (§ 965),

γ) wenn er mit der Zurückstellung in Verzug ist (§ 965),

so haftet er für jeden auch nicht vorherzusehenden („zufälligen": § 979) Schaden, wofern er nicht beweist, dass dieser Zufall die Sache auch

---

§ 979 die harmlose Bemerkung, dass durch „verzögerte Anzeige der Beweis des Zufalles sehr erschwert werden kann". Wichtiger ist, dass unter Umständen die Nichtanzeige sich als culpa des Entlehners darstellen kann, worüber unten S. 232.

6 Vgl. oben § 28 N. 9.

7 Vgl. Slg. 9042; L. 23 D. h. t.; Zeiller III S. 219. Auslegungsfrage ist es, ob der Entlehner nicht gerade diese Gefahr vertragsmäßig auf sich genommen hat, was z. B. bei der Leihe zum Zwecke der Verpfändung zutrifft; vgl. oben § 28 N. 11 und 12.

8 Vgl. oben S. 229.

9 Wg. Gb. III § 86 besagte dies ausdrücklich.

10 Vgl. über den „casus mixtus" im Gegensatze zum „bloßen Zufall" im a. b. Gb. Schoberlechner „Der Zufall im Civilrechte", G. Z. 1889, Nr. 28 ff., bes. Nr. 34, Zeiller III S. 736 ff. und Pernice Labeo II S. 374.

11 Vertragswidrig kann insbesondere die Verwendung Dritter bei dem Gebrauche sein; vgl. unten N. 25.

12 Ein Fall der „Noth" wäre auch mora accipiendi des Verleihers, für deren Beurtheilung aber der Schlussatz des § 977 von Belang ist.

beim Verleiher getroffen hätte (§ 965),[13] d. i. also auch dann, wenn sie ihm gar nicht geliehen, bezw. von ihm (rechtzeitig) zurückgestellt worden wäre.[14] In den beiden ersten Fällen (α und β) steht überdies dem Verleiher das Recht zu, die Sache sogleich — vor der bedungenen Zeit — zurückzufordern: §. 978.

δ) Hieher gehört auch dies: Wenn, ohne jede Schuld des Entlehners, eine unmittelbare Gefahr für die Sache vorliegt, oder eine Beschädigung derselben schon eingetreten ist, so ist der Entlehner — nach § 981 — zur Anzeige an den Verleiher oder zur vorschussweisen Besorgung aller „außerordentlichen" Vorkehrungen verpflichtet.[15] Unterlässt er fahrlässigerweise[16] das eine und das andere, so muss er somit alle, auch unvorhergesehenen, weiteren Folgen jenes Zufalles tragen, falls ihm nicht der Beweis gelingt, dass auch jene Anzeige an den Verleiher oder ein außerordentlicher Aufwand seinerseits diese Folgen nicht abgewendet hätte (arg. § 965 cit.). In diesem Zusammenhange[17] ist endlich

ε) auch die, praktisch füglich nicht sehr wichtige, alte Streitfrage[18] zu berühren, ob der Entlehner für den Untergang des Lehnstückes verantwortlich ist, wenn er, in gemeinsamer Gefahr, die fremde Sache

[13] § 965 gedenkt dieser Einwendung unmittelbar nur bei dem Falle der mora des Schuldners; aber, da eben die „Verzögerung der Zurückstellung" in dieser Gesetzesstelle nur als einer der Fälle vertragswidrigen Verhaltens ins Auge gefasst ist, so muss dieselbe Entschuldigung auch in den anderen Fällen (α und β des Textes) zugelassen werden (die Darstellung Hasenöhrl's II S. 336 setzt sich, selbst bezüglich des Falles der mora, über den positiven Inhalt des § 965 ganz hinweg). Andererseits kann der Entlehner nur mit dem im Texte erwähnten Beweis gehört werden, nicht aber mit dem Einwand, dass der Schade auch ohne sein vertragswidriges Vorgehen, also auch bei ihm, wenn er die Sache nicht einem Dritten zu Gebrauch oder Verwahrung überlassen hätte, eingetreten wäre (so Rippel VI S. 279 f., Stubenrauch II S. 156, auch Ferrini p. 259); denn, wie das Rücktrittsrecht des § 978 beweist, geht das Gesetz von dem Gedanken aus, dass der Verleiher die Sache dem Entlehner gar nicht überlassen hätte, wenn er sich solchen Missbrauchs von ihm versehen hätte. Etwas anders gestaltet sich übrigens die Sache (für den Fall β) bei dem Depositum — vgl. unten S. 306 f.

[14] Über den dem Verleiher seinerseits dann noch gestatteten Gegenbeweis, dass er die Sache vor Eintritt des betreffenden Zufalls verkauft hätte, s. Unger in Haimerl's Vierteljahrschr. XIV S. 131 f. N. 10, Windscheid § 280 Z. 2 und (noch weitergehend) Mommsen Beitr. z. Obligationenr. III S. 187.

[15] Zeiller III S. 222, Rippel VI S. 311.

[16] Es wird also immer noch nach Billigkeit zu erwägen sein, ob die Unterlassung der Anzeige oder eigenen Aufwands sich als culpa des Entlehners darstellt — vgl. Slg. 9042. Dies wird z. B. auch dann nicht zutreffen, wenn der „Vorschuss", den der Entlehner hätte machen müssen, im Verhältnis zu seinem Vermögen, oder auch zu dem ihm bekannten Interesse des Verleihers zu groß gewesen wäre; vgl. auch den Text zu ε.

[17] Auch § 964 behandelt die Frage unter dem Gesichtspunkte des „casus mixtus"; vgl. auch Ofner II S. 38.

[18] Vgl. darüber Glück XIII S. 438 ff., Heimbach S. 661, Ferrini p. 297 s.; L. 5 § 4 D. h. t.

mit Aufopferung seiner eigenen hätte retten können. Für den Depositar ist die Frage in §. 964 ausdrücklich verneint. Man ist geneigt, diese Vorschrift ohne weiters auf den Leihvertrag zu übertragen.[19] Allein vorerst steht dem das Bedenken entgegen, dass im § 979, was andernfalls doch nahe gelegen wäre, neben § 965 nicht auch § 964 berufen ist.[20] Sodann aber müsste, selbst wenn dies Schweigen des Gesetzes kein absichtliches wäre, erst gefragt werden, ob denn die beiden Verhältnisse, des Verwahrers, der die Last der Obsorge für fremdes Gut auf sich nimmt, und des Entlehners, der zu eigenem Vortheile fremdes Gut anvertraut erhält, wirklich gleichartig sind,[21] so daß jene Analogie am Platze wäre. Entscheidend aber ist, dass eine, durch Analogie auszufüllende, Lücke gar nicht besteht. Wie oben bemerkt, verpflichtet nämlich § 981 den Entlehner ausdrücklich zu „außerordentlichem" Aufwand aus eigenen Mitteln, gegen nachträglichen Ersatz durch den Verleiher, wenn es gilt, die entlehnte Sache vor dem Untergang zu schützen. Die Nichtaufopferung der eigenen Sache zur Rettung der fremden stellt sich daher unter Umständen geradezu als culpa des Entlehners dar,[22] für deren Folgen er verantwortlich ist — allerdings nur unter Umständen. Es wird namentlich in der Regel[23] von Bedeutung sein, welches von den beiden in Betracht kommenden Objecten das wertvollere ist. Der Entlehner ist bloß zu vorschussweisem Aufwand verpflichtet, also

[19] So Stubenrauch II S. 167.

[20] In allen Vorstadien stand den Codificatoren fest, dass für das Commodat das Gegentheil des für das Depositum in § 964 aufgestellten Satzes zu gelten habe — s. Cod. Ther. III, 5 Nr. 56, III, 6 Nr. 56; Entw. Horten III, 5 § 24, III, 6 § 26, vgl. auch Pr. L. R. I, 21 § 250, I, 14 § 20; der Entw. Martini's III, 3 § 12 und Wg. Gb. III §§ 85, 86 brauchten des Falles nicht besonders zu gedenken, da sie den Entlehner für jeden Zufall haften ließen. Als man in dieser Beziehung wieder zu der minder strengen Auffassung zurückkehrte, sollte nun auch wieder die „Rettung der eigenen mit Aufopferung der geliehenen" Sache unter die Fälle des casus mixtus aufgenommen werden (Ofner II S. 37 f.); wenn dieser Fall dann bei der Revision ohne Motivierung gestrichen wurde, so kann das daher füglich nur zum Zweck der Kürzung geschehen sein, weil man die Regel dafür in dem folgenden Paragraphen (jetzt § 981) schon ausgesprochen fand.

[21] Vgl. Krainz II, 1 S. 201: „Die Verwahrungspflicht . . . . verpflichtet nicht zu Vermögensaufopferungen — daher § 964"; der 2. Satz des § 964 erscheint vom Standpunkte des a. b. Gb., welches den Depositar für omnis culpa haften lässt, sogar als Singularität, vgl. unten S. 304 f.

[22] Von unseren Commentatoren bringt nur Rippel VI S. 314 die Frage unter diesen richtigen Gesichtspunkt; ebenso der Code Art. 1882.

[23] Auch §. 964 scheint als selbstverständlich anzunehmen, dass die kostbarere eigene Sache für die minderwertige fremde nicht geopfert zu werden braucht. Übrigens ist auch dieser Punkt „ex fide bona" zu beurtheilen (vgl. Dernburg Pr. R. II § 175 N. 3); so wird z. B. selbst das dem Entlehner bekannte Affectionsinteresse des Verleihers an der an sich minder wertvollen Sache in die Wagschale fallen (vgl. auch oben N. 16).

nur zu solchem Aufwand, auf dessen Ersatz er rechnen darf. Dieser Ersatz, der ihm „gleich einem redlichen Besitzer" gebürt, wird aber regelmäßig (§ 331) über den Wert der fremden Sache, welche er durch sein Opfer rettet, nicht hinausgehen,[24] und aus diesem Grunde kann ihm daher nicht zugemuthet werden, die kostbarere eigene Sache preiszugeben, um die minder kostbare fremde zu retten.

c) Für Entwendung oder Beschädigung der Sache durch dritte Personen haftet der Entlehner — dem an die Spitze gestellten Grundsatze gemäß — nicht schlechthin, sondern bloß, soweit ihn dabei eine Schuld trifft (§ 1313). Dies gilt wie von fremden Leuten, die sich an der Sache vergreifen, so insbesondere auch von denjenigen, welchen der Entlehner selbst, sei es behufs Bewerkstelligung seines Gebrauchs, sei es zur Aufbewahrung,[25] sei es zu ihrem Gebrauche oder endlich zur Zurückbeförderung an den Verleiher,[26] die Sache anvertraut. Ein Verschulden aber fällt ihm diesbezüglich zur Last, wenn er die Sache dem Vertrage gemäß zu solchem Zwecke überhaupt nicht aus der Hand geben durfte — was der Dritte thut, erscheint dann als „casus mixtus", für den der Entlehner aufzukommen hat (oben b) —; oder, falls jene Überlassung an Dritte an sich zulässig war, bei culpa in eligendo.[27]

Trifft keines von beiden zu, so ist der Entlehner lediglich zur Abtretung seiner Ansprüche (Klagencession) gegen den Dritten an den Verleiher verpflichtet; genau gesprochen, die Erfüllung seiner Vertragspflicht ist ihm durch einen Zufall unmöglich gemacht, er hat daher keinen Ersatz zu leisten, wohl aber das „stellvertretende commodum" (s. oben S. 229) herauszugeben.

---

[24] S. darüber noch unten S. 241 f.; vgl. Nippel l. c.

[25] Mit Recht bemerkt Pfaff Lehre v. Schadenersatz S. 82, dass diese Fälle mit dem der Überlassung der Sache in die Gewahrsame Dritter durch den Depositar nicht wesensgleich sind; dem Depositar ist dieser Dritte „Gehilfe" für die Ausführung seiner Verwahrungspflicht, dem Commodatar Organ für die Ausübung seines Rechts, weshalb hier nur von Haftung für culpa in eligendo die Rede sein kann, und die Frage des Einstehens für „Gehilfen" aus dem Spiele bleibt (vgl. zu letzterer unten S. 308 f.). Andererseits ist beachtenswert, was Wyß Haftg. f. fremde culpa S. 108 f. betont, dass sich in derartigen Verhältnissen Recht und Pflicht nicht so scharf sondern lassen.

[26] S. darüber oben § 31 N. 25 und die folgende Note a. E.

[27] Man kann daher nicht, mit Kritz S. 388, den Satz aufstellen, dass, wenn die Weitergebung der Sache an Dritte gestattet war, allemal die Klagencession die Stelle der Rückgabe vertrete; vgl. dagegen Pfaff l. c. S. 81, Krainz II, 2 S. 267. Anders natürlich, wenn die Überlassung der Sache gerade an diesen bestimmten Dritten gestattet war, unter welchen Gesichtspunkt auch der Fall des §. 429 a. E. gehört.

Übrigens kann der Verleiher, falls er daran ein Interesse hat,[28] diese Cession der Ansprüche des Entlehners stets verlangen, auch wo ihm bei Verschulden des letzteren ein vertragsmäßiger Ersatzanspruch zustünde (arg. § 980).[29]

d) Neben der Contractsklage steht dem Verleiher bei Verlust oder Beschädigung des Lehnstückes, namentlich wenn er dessen Eigenthümer war, zumeist concurrierend eine Delictsklage gegen den Entlehner[30] zu, um zum Ersatze seines Schadens zu gelangen — eine Concurrenz, die für das österreichische Recht natürlich nicht die Bedeutung hat wie für das römische,[31] weil nach dem Rechte des a. b. Gb. beiderlei Entschädigungsklagen nach Voraussetzungen[32] und Erfolg sich im wesentlichen gleich stehen, der Beschädigte aber wegen der ihm günstigeren Beweisvertheilung[33] (§ 1298) in aller Regel die Vertragsklage wählen wird.[34] Immerhin lassen sich Fälle denken, wo er, nach der concreten Sachlage, seinen Anspruch lieber statt auf den Leihvertrag auf das Delict des Gegners stützen wird. Mit Rücksicht darauf muss nun Eines trotz der Verschiedenheit des Klagegrundes behauptet werden. Wenn die Ersatzklage aus dem Leihvertrag wegen Beschädigung des zurückgestellten[35] Lehnstückes auf Grund § 982 präcludiert ist, so ist die Geltendmachung des Ersatzanspruches mit Umgehung des Vertrages in Form der Delictsklage gleichfalls ausgeschlossen.[36] Die 30tägige Präclusivfrist, welche §. 982 derartigen Ersatzforderungen setzen will, wäre sonst praktisch beseitigt.

---

[28] Vgl. oben § 31 N. 20.

[29] Ein Anspruch des zum Ersatz herangezogenen Entlehners gegen den Verleiher auf Cession seiner Klagen gegen Dritte, wie ihn das römische Recht kennt (Mommsen Erörter. I S. 90) und Stubenrauch zu § 980 allgemein zuzulassen scheint, ist eben durch den Grundsatz des § 980 ausgeschlossen, welcher dem Verleiher bis zur Wiedererlangung der Sache die Wahl frei lässt, ob er die Sache behalten oder dem Entlehner lassen will.

[30] Seine Delictsklage gegen Dritte concurriert natürlich stets mit der Vertragsklage gegen den Entlehner; vgl. Unger II S. 391 ff., S. 397 N. 32: „bis das gemeinschaftliche juristische Object vollständig erlangt ist". Für das römische Recht galt hier Besonderes auf Grund L. 22 § 1 C. de furt. 6, 2; vgl. Mommsen l. c. S. 93.

[31] Wo die Concurrenz der Vertragsklage mit actiones poenales oder mixtae in Frage kam (vgl. etwa L. 18 § 1 D. h. t.), wo eine allgemeine Schadenersatzklage, wie sie § 1295 statuiert, fehlte, wo der Erfolg, wenn der Beschädiger ein filiusfamilias war, sich ganz anders gestaltete, je nachdem ex delicto (actio noxalis) oder ex contractu (actio de peculio) geklagt wurde, u. a. m.

[32] Vgl. hier das oben S. 219 über die Beurtheilung der außercontractlichen culpa Gesagte.

[33] Unrichtig in diesem Punkte Slg. 9005.

[34] Abgesehen davon, dass die Delictsklage der kürzeren Verjährung nach § 1489 unterliegt; vgl. oben S. 43 N. 37.

[35] Auf die Ansprüche wegen Nichtzurückstellung bezieht sich die Frist des § 982 nicht; s. unten S. 245.

[36] A. M. Unger II S. 396 f. N. 31.

e) Vorstehenden Normen gemäß tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Lehnstückes der Anspruch auf Ersatz seines Wertes unter anderen in dem Falle, wenn die Sache zwar nicht zu Grunde gegangen, aber beim Entlehner verloren gegangen ist. Wird nun in solchem Falle **nach geleistetem Gelderſatze die verlorene Sache**
Zusatz. **wiedergefunden,** so gibt § 980 dem Verleiher die Ermächtigung (facultas alternativa), dem Entlehner, statt ihm den als Ersatz empfangenen Geldbetrag wieder herauszugeben, die Sache selbst zu überlassen. Eine gegenseitige Berechnung von Zinsen jenes Betrages, bezw. von bezogenen Früchten dieser Sache findet dabei nicht statt.[37]

Zusatz. Die Vorschrift, welche § 980 im Anschlusse an die Normen über die Ersatzpflicht des Commodatars gibt — und welche deshalb an dieser Stelle genauer gewürdigt werden soll — ist nicht singulärer Art, sondern muss überall Geltung finden, wo an Stelle der ursprünglich geschuldeten Naturalrestitution der Ersatz des Geldwertes einer herauszugebenden Sache tritt,[38] dann aber **nach geleistetem Gelderſatze die verlorene Sache wiedergefunden** wird. Die Vorschrift lautet wörtlich: „Dadurch, dass der Entlehner für ein verlorenes Lehnstück den Wert erlegt, hat er noch kein Recht, dasselbe, wenn es wieder gefunden wird, gegen den Willen des Eigenthümers für sich zu behalten, wenn dieser bereit ist, den empfangenen Wert zurückzugeben." — 1. Der Wortlaut des § 980 geht von der Voraussetzung aus, dass die verlorene Sache wieder in den Besitz des Entlehners gelangt ist (er darf sie nicht „behalten"). Gewiss muss aber derselbe Gedanke auch zur Anwendung gelangen, wenn die Sache wieder in die Hand des Verleihers kommt;[39] wie dort der Anspruch auf „Behalten", so wird dem Entlehner hier der Anspruch auf Herausgabe der Sache vom Gesetze versagt. — 2. Nicht nur, wenn die Ersatzsumme bereits „erlegt" ist, sondern auch wenn der Entlehner zu diesem Ersatze nur rechtskräftig verurtheilt ist,[40] muss § 980 sinngemäß angewendet werden; der Verleiher wird dann dem Entlehner entweder die Sache überlassen oder ihn von seiner Urtheilsschuld liberieren müssen. — 3. Was nun die juristische Charakterisierung[41] des ganzen Verhältnisses betrifft, so wird es gemeiniglich als

---

[37] Vgl. Zeiller III S. 221; ausdrücklich so Pr. L. R. I, 21 § 255.

[38] So z. B. im Falle der Miete oder des Depositums, aber auch der Vindication einer Sache; vgl. Hasenöhrl I S. 200 f. S. auch betreffend verlorene Gepäckstücke und Frachtgüter das Eisenb.-Betriebsreglement v. 10. Dec. 1892, R. G. B. 207 §§ 35 u. 82, welches für das Wahlrecht des Eigenthümers zweckmäßiger Weise eine (30 tägige) Frist setzt: vgl. dazu Koch R. d. Fdg. III S. 423.

[39] Selbstverständlich nicht aus einer neuen causa; s. unten N. 50.

[40] Oder etwa im Vergleichswege sich zum Ersatze verpflichtet hat; s. aber unten N. 47

[41] Bei diesen Betrachtungen ist der, auch von § 980 vorausgesetzte, Normalfall zu Grunde gelegt, dass der Verleiher Eigenthümer der Sache ist; über die anderen Fälle s. unten N. 53.

alternative Obligation bezeichnet.[42] Doch mit Unrecht. Das römische Recht faßt bekanntlich die Leistung der litis aestimatio statt der zu restituierenden Sache als Kauf oder doch kaufähnlichen Erwerb der Sache durch den Beklagten auf,[43] so daß dieser durch die Zahlung der Ästimationssumme einen festen Anspruch auf die Sache, und durch die Wiedergewinnung ihres Besitzes Eigenthum an derselben erwirbt.[44] Allein gerade diese Auffassung ist dem österreichischen Rechte fremd, und deshalb kann auch für die Erläuterung des § 980 nichts aus den Stellen des Corpus Juris gewonnen werden.[45] Das a. b. Gb. erblickt in dem Erlag des Schätzwertes weder einen Kauf noch sonst ein „entgeltliches Geschäft" über das Streitobject,[46] aus welchem dem Geklagten ein Recht auf dies Object erwachsen würde. Der Entlehner wird also durch Erlag des Ersatzbetrages weder direct Eigenthümer des verlorenen Lehnstückes — dies schon deshalb nicht, weil es an der Besitzübergabe fehlt —, noch erhält er einen Anspruch auf Tradition, oder darf er in der Empfangnahme jenes Ersatzes durch den Verleiher eine eventuelle Traditionsofferte des letzteren finden, so daß er nur mehr der factischen Erlangung der Sache bedürfte, um ihr Eigenthümer zu werden.[47] Gerade dies

---

[42] Hasenöhrl I S. 199 f. Für das römische Recht trifft das allerdings zu; s. aber unten N. 45.

[43] Vgl. L. 22 pr. D. rer. amot. 25, 2, L. 1 L. 3 D. pro emt. 41, 4; Bechmann Kauf II S. 567.

[44] Daher Anspruch des zur Ästimationsleistung Verurtheilten auf Cession der Klagen des Gegners, oder Caution — L. 13 pr. D. h. t., L. 25 § 8 D. loc. 19, 2; daher auch die zögernde Zulassung der Rückforderung der bezahlten Ästimationssumme, falls der Kläger die Sache wiedererlangt hat — L. 63 D. de R. V. 6, 1, L. 2 D. cond. sine c. 12, 7 („nisi forte quasi sine causa datum") — vgl. aber Windscheid Lehre v. d. Voraussetzung S. 13. Der im classischen Proceß mögliche Fall, daß die litis aestimatio statt der in Händen des Geklagten befindlichen Sache („res praesens") geleistet wurde, wo sofort Eigenthum auf diesen überging (L. 46 L. 47 D. de R. V. 6, 1), hat für das moderne Recht kein Interesse.

[45] Dies übersieht Hasenöhrl l. c., auch Koch l. c., der den § 980 entsprechenden Satz des Pr. L. R. I, 21 §. 254 eine „Verballhornung" des römischen Rechts nennt.

[46] Will man, wie das dem Wortlaute des § 1414 („weil die Zahlung selbst unmöglich ist") folgend die Commentatoren thun (Zeiller III S. 221, Nippel VI S. 309, VIII, 2 S. 129, Winiwarter IV S. 176, Stubenrauch II S. 701 — dagegen aber Unger in Grünhuts Ztschr. XV S. 543 N. 13, Krainz II, 2 S. 251), die Leistung der litis aestimatio als Hingabe an Zahlungsstatt betrachten, so steht auch diese Auffassung dem im Texte Gesagten nicht entgegen; denn Gegenstand des in der datio in solutum nach § 1414 gelegenen „entgeltlichen Geschäfts" wäre nicht die geschuldete Sache, für welche „etwas Anderes" gegeben wird, sondern die Forderung, vgl. Unger l. c. S. 540.

[47] Anders natürlich, wenn ein Vergleich in diesem Sinne zustande kommt (nicht bloß über die Ersatzleistung überhaupt: oben N. 40), so wohl der Fall der L. 5 § 1 D. h. t. — Der D. Entw. § 223 läßt mit der Ersatzleistung die Ansprüche des Entschädigten gegen Dritte ex lege auf den Schuldner übergehen, was gewiß einfacher ist, als der bloße Anspruch des letzteren auf Cession dieser Ansprüche; allein noch einfacher wäre, wenn man schon dem Entschädigten ein Wahlrecht nach Art des § 980 a. b. Gb. versagt (vgl. dagegen Bähr Gegenentw. § 218, Rocholl u. Riedner Gegenentw. §. 223), die Statuierung directen Eigenthumsüberganges (wie sächs. Gb. § 305), welchen D. Mot. II S. 205 bloß „wegen

lehnt § 980 wortdeutlich ab: Der Entlehner hat „noch kein Recht, dasselbe (das Lehnstück) gegen den Willen des Eigenthümers für sich zu behalten"; klar also, dass erst in der nunmehrigen Entscheidung des Verleihers, ihm die wiedergefundene Sache zu lassen, die Traditionserklärung liegt, welche das Eigenthum auf den Entlehner überträgt.[48] — Darnach ergibt sich folgende Sachlage. Durch die Ersatzleistung für den Verlust der zurückzustellenden Sache ist die Obligation aus dem Leihvertrag definitiv erledigt; aus diesem Titel hat der Verleiher gegen den Entlehner keinen Anspruch mehr.[49] Dagegen hat der Verleiher nie aufgehört, Eigenthümer der Sache zu sein, er kann daher seinen Eigenthumsanspruch gegen den Entlehner erheben, der die Sache wieder gefunden hat. Der Entlehner seinerseits hat durch jene Ersatzleistung keinerlei Recht auf die verlorene Sache erworben, bezüglich der wiedergefundenen also keinesfalls einen Anspruch gegen den Verleiher. Würde aber der Verleiher, falls er es ist, in dessen Hand die wiedergefundene Sache kam, oder falls er dieselbe dem Entlehner kraft seines Eigenthums abnimmt, auch den vom Entlehner bezahlten Geldersatz behalten, so würde er sich auf dessen Kosten ohne Grund bereichern; daher steht dem Entlehner das Recht der Rückforderung dieses Betrages (condictio sine causa nach § 1435) gegen den Verleiher zu.[50] Auf beiden Seiten also besteht nur ein Anspruch: für den Verleiher der (Eigenthums-) Anspruch auf die wiedergefundene Sache, für den Entlehner der (Bereicherungs-) Anspruch auf den als Ersatz bezahlten Geldbetrag — weder für einen noch den andern eine Wahl zwischen zwei Ansprüchen, von einer Alternativobligation also in keinem Falle eine Spur. Positivrechtlich[51] ist nun im § 980 ein Doppeltes verordnet: a) Gegenüber dem Anspruch des Verleihers auf die Sache ein Retentionsrecht des Entlehners bis zur Rückvergütung des auf Grund des bestandenen Leihvertrages von ihm

des Traditionsprincipes" ablehnen. § 218 der 2. Lesung kehrt nun doch wieder zur bloßen Cessionspflicht zurück.

[48] Jeden Zweifel daran beseitigt die Vorgeschichte des § 980. Cod. Ther. III, 5 Nr. 38 hatte gesagt, der Verleiher habe die Wahl, die wiedergefundene Sache dem Entlehner „eigenthümlich zu überlassen" — ein deutlicher Ausdruck dafür, dass also jetzt erst eine Tradition stattfinde. Die späteren Kürzungen führten zu der sachlich damit völlig gleichen Formulierung des Wg. Gb. III § 91, der Entlehner sei nicht befugt, sich die Sache „zuzueignen", wenn der Verleiher ihm den empfangenen Wert zurückgeben wolle. Dies aber corrigierte Zeiller (s. Ofner II S. 563) bei der Superrevision dahin, dass statt „zuzueignen" im § 980 a. b. Gb. gesagt werde: „für sich zu behalten", weil „zueignen" auf Occupation hinweisen würde.

[49] Gerade dies könnte aus § 1414 entnommen werden (s. oben N. 46); denn die datio in solutum ist nach österr. Rechte definitive Tilgung der Obligation; s. nur Unger l. c. S. 541, Hasenöhrl II S. 510 f. gegen Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 187, Krainz II, 2 S. 251.

[50] So auch Krainz II, 1 S. 287; vgl. L. 2 D. cond. sine c. 12, 7, Sächs. Gb. § 1548. — Es ergibt sich daraus von selbst — was Cod. Ther. l. c. Nr. 38 treffend hervorhob —, dass die Norm des § 980 überhaupt nicht zur Anwendung gelangt, falls der Verleiher die Sache aus einer neuen causa wiedererlangt hätte.

[51] Nippel Materialien I S. 152 führt das Wahlrecht des Verleihers auf einen (stillschweigenden) Vorbehalt desselben bei Empfang des Schätzwertes zurück (ein ähnlicher Gedanke scheint

geleisteten Ersatzes[52] — b) gegenüber dem Anspruch des Entlehners auf Rückzahlung dieses Ersatzbetrages die Befugnis des Verleihers, sich durch Überlassung der Sache in dessen Eigenthum[53] zu befreien. Das Resultat ist somit lediglich eine sog. alternative Ermächtigung (facultas alternativa) des Verleihers,[54] über deren praktische Verschiedenheit von einer alternativen Obligation mit Wahlrecht des Verleihers es hier keiner weiteren Ausführung bedarf.[55]

§ 33.

4. Aufwand und Schaden des Entlehners (actio commodati contraria).

Aus dem Leihvertrage können Ansprüche des Entlehners gegen den Verleiher entstehen:

a) auf Grund eines Schadens, welchen der Entlehner durch Verschulden des Verleihers erlitten hat.[1] Nach dem allgemeinen Grundsatze des a. b. Gb. (§ 1295) haftet auch der Verleiher für dolus, culpa lata und culpa levis.[2] Anlass zu solchen Ansprüchen kann insbesondere geben die culpose Verleihung einer gefährlichen oder zu dem bedungenen Gebrauche untauglichen Sache,[3] oder mora accipiendi[4] des Verleihers, oder die vorzeitige Rücknahme des Lehnstückes. Auch für den durch Hingabe einer fremden Sache dem

---

Zeiller III S. 221 vorzuschweben). Einen ausdrücklichen Vorbehalt verlangt das oben (N. 38) berufene Betriebsreglement § 82.

52 Es folgt dies a contrario aus den Worten des § 980: Der Entlehner hat „kein Recht, dasselbe . . . zu behalten, wenn der Verleiher bereit ist, den empfangenen Wert zurückzugeben." Vgl. Winiwarter IV S. 177, Unger II S. 501 N. 19, Reinhold Zurückhaltungsrecht S. 35, 60; dagegen Schiffner § 154 N. 15.

53 Vgl. oben N. 48. Der Verleiher, der nicht Eigenthümer des Lehnstückes ist, kann also von dieser Ermächtigung nicht Gebrauch machen; § 980, welcher nicht umsonst vom „Eigenthümer" statt vom „Verleiher" spricht, wie alle übrigen Paragraphe des Hauptstückes, ist auf andere Fälle des Leihvertrages nicht anwendbar.

54 Unhaltbar ist die Behauptung von Krainz II, 1 S. 205, dass der Commodatar sich damit nicht zufrieden zu geben brauche, wenn der Verleiher ihm die Sache lässt.

55 Vgl. etwa Unger I S. 494, Regelsberger Jahrb. f. Dogm. XVI S. 162 ff., Sághy S. 120 ff.

1 Darüber ist man einig — s. Zeiller III S. 223, Stubenrauch II S. 169, Kirchstetter S. 504 —, obgleich das Gesetz dies nicht, wie beim depositum (§ 967), ausdrücklich erwähnt. Warum diese Erwähnung, welche Zeiller vorgeschlagen hatte (Ofner II S. 37) wieder gestrichen wurde, ist aus den Protokollen nicht zu ersehen.

2 Eine Beschränkung der Haftung auf culpa lata, wie sie (mit Recht) die meisten Gesetzgebungen festsetzen — vgl. Ferrini p. 308, Sächs. Gb. § 1177, Pr. L. R. I, 21 § 257, Code Art. 1891, D. Entw. § 550 — lässt sich vom Standpunkte des a. b. Gb. nicht anerkennen, insbesondere auch nicht etwa aus § 945 folgern; vgl. unten N. 5.

3 Vorausgesetzt, dass der Entlehner diese Mängel nicht kannte oder kennen musste; vgl. Kritz S. 424.

4 Vgl. Schey Mora cred. S. 129 ff.; wenn die vorzeitige Zurückstellung dem Verleiher „beschwerlich fiele" (§ 977)

Entlehner verursachten Schaden haftet der Verleiher, hier jedoch (arg. § 945) nur, falls ihm diesbezüglich dolus[5] nachgewiesen werden kann.

b) Was Aufwand (Kosten) des Entlehners betrifft, so sind, genauer als dies in § 981 geschieht, zu unterscheiden: Gebrauchskosten und Kosten der Erhaltung der Sache, innerhalb jeder dieser Gattungen aber „ordentliche" und „außerordentliche";[6] dann sonstige, weder zum Gebrauche noch zur Erhaltung nothwendige Verwendungen des Entlehners auf die Sache. Für alle diese Auslagen aber ist die doppelte Frage von Bedeutung, inwieweit der Entlehner zu denselben verpflichtet und inwieweit berechtigt, d. i. der Verleiher zu deren Ersatz verbunden ist.

α) Alle „mit dem Gebrauche ordentlicher Weise verbundenen Kosten" (§ 981, 1. Satz) trägt der Entlehner, nicht bloß die unmittelbaren Kosten seines Gebrauches, sondern auch die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der Sache, z. B. die im Verlaufe naturgemäß sich ergebenden Reparaturen.[7] Gleichwohl ist der Entlehner zu solchem Aufwand nicht schlechthin verpflichtet, da es bei ihm steht, sein Gebrauchsrecht nicht oder nicht vollkommen auszuüben. Nur soferne die Unterlassung derartiger „laufender" Auslagen zu einer Schädigung der Substanz der Sache führen würde, hätte er dafür zu haften.[8]

β) Außerordentliche Gebrauchskosten[9] — welche das Gesetz mit Stillschweigen übergeht — bestreitet der Entlehner gleichfalls aus Eigenem: nur wenn sie dadurch verursacht sind, daß der Verleiher

---

begründet die verweigerte Annahme eben keine mora.

[5] Vgl. Zeiller III S. 223. Aus § 945 darf schon deshalb nicht geschlossen werden, daß der Commodant wie der Schenker überhaupt nur für dolus hafte, weil § 945 als eine Ausnahme von dem in § 1295 ausgesprochenen Principe des a. b. Gb. strenge interpretiert werden muß. Es ist aber von Interesse zu bemerken, daß eben unter Hinweis auf dieses Princip Wg. Gb. III § 61 (welcher den Schenker schlechthin nur für dolus haften ließ) zu dem jetzigen § 945 umgestaltet wurde; s. Ofner II S. 185 f.

[6] Der § 981 stellt einander nur gegenüber „ordentliche" Gebrauchskosten und „außerordentliche Erhaltungskosten" (§ 982 spricht schlechthin von „außerordentlichen Kosten").

[7] Wenn es sich um ein Thier handelt, die Fütterungskosten, aber auch die Kosten der Heilung leichter, im Laufe der Arbeit nicht ungewöhnlicher, Beschädigung oder Krankheit; vgl. L. 18 § 2 D. h. t., auf welche Kritz S. 418, 425 viel zu künstliche Sätze aufbaut. S. auch Ferrini p. 308, Zeiller III S. 221 f.

[8] Vgl. Wg. Gb. III § 86 (dazu Ofner II S. 37 f.) und oben S. 231. — So kann etwa die Benützung einer entlehnten Maschine ohne Vornahme einer Reparatur die Maschine selbst gefährden.

[9] Die der Entlehner daher auch nicht voraussehen konnte; die geliehene Maschine etwa bedarf ganz abnorm starker Heizung.

doloser oder culposer Weise eine mangelhafte Sache zum Gebrauche gegeben hat, ist dieser zum Ersatze verpflichtet.[10]

γ) Außerordentliche Erhaltungskosten[11] (impensae necessariae) betreffend, hat der Entlehner in erster Linie das Recht, deren Nothwendigkeit dem Verleiher anzuzeigen und diesem die Besorgung der erforderlichen Vorkehrungen, bezw. zu diesem Zwecke die Sache selbst zu überlassen (§ 981, 2. Satz).[12] Weigert sich der Verleiher dessen, so ist der Entlehner in der Regel[13] für die weiteren Folgen nicht mehr verantwortlich.

Unterlässt der Entlehner diese Anzeige, oder kann dieselbe thatsächlich nicht mehr rechtzeitig erfolgen, so hat er die Pflicht, alle zur Erhaltung der Sache nothwendigen Vorkehrungen selbst zu treffen,[14] und deren Kosten vorläufig zu bestreiten; der Verleiher aber ist verpflichtet, ihm diesen Aufwand unbedingt zu ersetzen, insbesondere also auch dann, wenn trotz Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit desselben der Erfolg hinterher vereitelt, z. B. die Sache dann durch einen (anderen) Zufall untergegangen wäre. Letzteres bedarf deshalb der ausdrücklichen Hervorhebung, weil §. 981 besagt, diese Kosten seien dem Entlehner „gleich einem redlichen Besitzer zu vergüten". Betrachtet man dies, wie auf den ersten Blick natürlich, als den dispositiven Theil der Gesetzesstelle, so wäre damit geradezu auf die Norm des § 331 verwiesen.[15] Diese aber geht dahin, dass dem „redlichen Besitzer" für den „nothwendigen Aufwand" der Ersatz „nach dem gegenwärtigen Werte" gebüre, also nur unter der Voraussetzung, dass seine Verwendungen nicht bloß von Erfolg waren, sondern dieser Erfolg auch nicht nachträglich durch casus wieder ver-

---

[10] S. oben bei N. 3.

[11] Die streitige Frage, ob dem „redlichen Besitzer" der Ersatz desjenigen Aufwands gebüre, den er aus den Erträgnissen der Sache selbst bestritten hat, müßte nach § 331 mit Rücksicht auf § 330 bejaht werden (s. Pfaff in Grünhuts Ztschr. II S. 313); allein dass trotz der Stylisierung des § 981 für die gewöhnlichen Fälle, wo der Entlehner (im Gegensatze zu dem „redlichen Besitzer" des § 330) Anspruch auf die Früchte der Sache eben nicht hat (s. oben S. 221), § 331 cit. hier nicht herangezogen werden darf, ist wohl gewiss.

[12] U. zw., wie der Zusammenhang des § 981 ergibt, ohne Anspruch auf Vergütung für die Zeit des ihm dadurch entgehenden Gebrauchs; vgl. auch die ähnliche Norm des § 514.

[13] Auch in dieser Beziehung wird, arg. § 977, auf den Verleiher billige Rücksicht zu nehmen sein; vgl. auch Pr. L. R. I, 21 § 243.

[14] Vgl. oben S. 232.

[15] S. die Ausführungen von Pfaff in Grünhuts Ztschr. VIII S. 739 f. und Krasnopolski Prager jur. Vierteljhrschr. 1891 S. 81 über die Redewendung „gleich einem redlichen Besitzer" im a. b. Gb. Zeiller III S. 222 sagt denn auch zu § 981, der Entlehner habe Ersatzansprüche nach Maßgabe des § 331.

eitelt wurde. Für den bonae fidei possessor gegenüber dem vindicierenden Eigenthümer vollkommen am Platze, wäre diese Vorschrift nahezu widersinnig in Anwendung auf den Entlehner einer Sache;[16] denn jener behandelt die Sache, und folgeweise auch den Aufwand zu deren Erhaltung, als die seinige, und erst, wenn er in die Lage kommt, die Sache ihrem Eigenthümer herausgeben zu müssen, taucht die Frage auf, ob und was etwa von seinem Vermögen in ihr steckt. Wenn hingegen der Entlehner „außerordentliche Kosten" zur Erhaltung der Sache aufwendet, so thut er dies von vornherein nicht für sich, sondern für den Verleiher, ja, er erfüllt diesem gegenüber nach § 981 sogar eine Pflicht.[17] Eben deshalb muss er auch des Ersatzes sicher sein, ohne Rücksicht auf widrige Zufälle, welche den Nutzen seiner Verwendungen für den Verleiher hinterher vereiteln mögen. Ja, die Bemessung seines Ersatzanspruches nach § 331 stünde in geradem Widerspruch mit der Bestimmung desselben § 981, dass der Entlehner solche Erhaltungskosten „vorzuschießen", d. h. gegen unbedingte Vergütung[18] zu bestreiten habe. Nach alledem kann nicht bezweifelt werden, dass sich die Auslegung des §. 981 nur an diese bündige Bestimmung, nicht aber an den letzten Satz zu halten hat,[19] dessen Hinweis auf den „redlichen Besitzer" lediglich eine unvorsichtig formulirte Motivirung enthält.[20]

δ) Für impensae utiles des Entlehners, über welche das

[16] Über einen anderen Punkt, an welchem die Gleichsetzung mit dem Falle des § 331 scheitert, s. oben N. 11.

[17] Diesen Gegensatz hat treffend schon Nippel Material. I S. 154 f. (Comm. VI S. 313) hervorgehoben; vgl. auch Exner Hypothekenr. S. 260. — Verschieden ist auch der Fall des Depositars, welchem § 967 für Aufopferung aus eigenem nur „angemessenen Ersatz" (vgl. unten S. 327) zuspricht; denn er ist eben, anders als der Entlehner, zu solchem Aufwand nicht verpflichtet.

[18] Dass dabei doch immer ex fide bona zu erwägen ist, ob die betreffenden Auslagen überhaupt geboten schienen, s. oben § 32 N. 16 u. 23.

[19] So, gegen Zeiller III S. 222, Ellinger zu § 981 und Kirchstetter S. 504, richtig Nippel l. c., Stubenrauch II S. 168 f. aber mit der theoretisch falschen Berufung auf § 1036 (ähnlich Pr. L. R. I 21 § 244); der Entlehner ist zu dem „Vorschuss" verpflichtet, also nicht negotiorum gestor (vgl. Exner l. c. S. 260 N. 31). Weit besser ist die Berufung auf die Analogie des § 1014 bei Winiwarter IV S. 178.

[20] Vermuthlich (Ofner II S. 37 gibt keinen Aufschluss) haben die Redactoren des a. b. Gb. die Formel aus Wg. Gb. III § 87 („wie einem jeden redlichen Besitzer") herübergenommen, ohne zu bedenken, dass dort diese Verweisung anderen Sinn hatte, da Wg. Gb. II § 53 (der jetzige § 331) noch nicht den Zusatz vom Ersatz „nach dem gegenwärtigen Werte" enthielt; vgl. auch Nippel l. c., Krainz II, 2 S. 324 N. 17. Wie der Satz nun einmal dasteht, könnte er höchstens mit Stubenrauch l. c. so gedeutet werden, dass dem Entlehner jedenfalls überall da Ersatz für Impensen gebüre, wo derselbe nach der Regel des § 331 dem bonae fidei possessor zusteht; vgl. Text zu *δ*.

Gesetz nichts bestimmt, sind, arg. §. 981 a. E., die Normen des § 331 oder, was praktisch zu demselben Resultate führt, die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1037) anzuwenden;[21] der Entlehner hat Anspruch auf deren Ersatz, soweit der Verleiher durch dieselben bereichert erscheint.[22]

Bezüglich der reinen impensae voluptuariae steht dem Entlehner nur das jus tollendi zu (arg. § 332 und § 1040).

c) Alle hier erörterten Gegenansprüche kann der Entlehner durch Klage (actio commodati contraria) gegen den Verleiher geltend machen, auch durch Widerklage. Er hat jedoch zur Durchsetzung seiner Ersatzforderung wegen Impensen oder Schadens ebensowenig, wie wegen etwaiger Gegenforderungen aus einem ganz anderen Rechtsverhältnisse (§ 471), ein Retentionsrecht[23] oder die Einrede der Compensation gegen den Rückforderungsanspruch des Verleihers (§ 1440),[24] sowie er die Rückgabe der entlehnten Sache auch nicht durch die Berufung auf sein „früheres Eigenthumsrecht" verweigern darf (arg. § 1109).[25] Wohl aber mag er seine Ansprüche zur Compensation bringen gegen Ersatzforderungen des Verleihers wegen Beschädigung der bereits zurückgestellten Sache,[26] oder geltend machen,

---

[21] Man pflegt hier nur die negotiorum gestio heranzuziehen — Zeiller III S. 222, Nippel VI S. 315, Stubenrauch II S. 169, Ogonowski Geschäftsführung ohne Auftrag S. 42 N. 33, auch D. Entw. § 553, D. Mot. II S. 394; aber auch hier trifft dieser Gesichtspunkt jedenfalls nicht immer zu, denn der Entlehner macht den „nützlichen" Aufwand zwar freiwillig, aber meist nicht nur, um damit das Geschäft des Verleihers zu besorgen, sondern um seinen eigenen Gebrauch zu fördern. Er steht also in dieser Beziehung in der That dem „redlichen Besitzer" des § 331 gleich.

[22] Ogonowski l. c. S. 73 f.

[23] So auch die allgemeine Meinung, vgl. Zeiller III S. 223, Nippel VI S 315, Stubenrauch II S. 169 N. 1, Unger II S. 500 N. 17, Randa Besitz S. 103 N. 24. Dahingestellt, ob man sich diesbezüglich auf § 471 zu berufen hat (s. Schrutka-Rechtenstamm Compensation im Conc. S. 21), und abgesehen von der in den Protokollen (Ofner II S. 36) niedergelegten Absicht der Redactoren, das Retentionsrecht wegen Impensen auszuschließen: im Sinne des a. b. Gb., welches zwischen Retention und Compensation nicht scharfe Grenzen zieht, kann für das Verbot des Retentionsrechts geradezu § 1440 angeführt werden (vgl. dazu Code Art. 1885); ferner darf auch in diesem Punkte auf die in § 981 verordnete Gleichstellung des Entlehners mit dem Besitzer im Eigenthumsprocesse hingewiesen werden (§ 334). Näheres über das Retentionsrecht wird übrigens besser in der Lehre vom Depositum (unten § 46) zur Sprache kommen. Über das röm. R. s. Ferrini p. 309.

[24] Die Ausschließung der Compensation (im Gegensatze zur Retention) wird von Bedeutung, wo der Anspruch des Verleihers auf Wertersatz statt Sachrückgabe geht; vgl. Unger in Grünhuts Ztschr. XV S 549 N. 20, Ofner II S. 245.

[25] „Gilt der Satz für den Mietvertrag, so muss er um so mehr für den Leihvertrag gelten": Windscheid II § 375 N 3a; vgl. auch oben S. 193.

[26] § 1440 geht offenbar davon aus, dass gerade der Rückforderungsanspruch des Verleihers in Frage ist.

dass durch nachträglichen Übergang des Eigenthums auf ihn der Leihvertrag erloschen sei.[27] Nichts hindert ihn endlich, falls die allgemeinen processualen Voraussetzungen provisorischer Sicherstellungsmittel vorliegen, die entlehnte Sache bei Gericht zu deponieren und mit Verbot oder Sequestration zu belegen, um seine, dann in selbständiger Klage auszuführenden, Ansprüche gegen den Verleiher zu sichern (§ 471).[28] Damit ist ausgesprochen, dass der Verleiher nicht etwa durch Preisgebung der Sache sich der Verpflichtung entschlagen kann, die Kosten des Entlehners zu ersetzen.

§ 34.

5. Endigung des Leiheverhältnisses und Erlöschen der gegenseitigen Ansprüche.

a) Das Leiheverhältnis als solches, d. i. das Gebrauchsrecht des Entlehners mit der daran geknüpften Pflicht vertragsgemäßer Sorgfalt (custodia)[1] und die Haftung des Verleihers für Überlassung der Sache, erlischt vor allem mit dem Ablauf der Zeit,[2] für welche geliehen war, woferne der Vertrag nicht ausdrücklich oder stillschweigend erneuert wird.[3]

Das Leiheverhältnis kann vor dieser Zeit endigen durch den Rücktritt des Verleihers (§ 978)[4] oder vorzeitige Rückstellung[5] der Sache durch den Entlehner (§ 977).

Es endigt in der Regel mit dem Tode des Entlehners, da im Zweifel nur zu höchstpersönlichem Gebrauche geliehen ist;[6] der Tod des Verleihers hat nicht dieselbe Wirkung (arg. § 976).

Es endigt ferner durch nachträglichen Eigenthumserwerb des

---

[27] § 1109 schließt deshalb nur die Einwendung des „frühern Eigenthumsrechts" aus; die kritische Bemerkung von Pfersche Öst. Sachenr. I S. 105 N. 18 trifft daher nicht zu, vgl. dazu Ofner II S. 301 f.

[28] Vgl. Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. VI S. 662 N. 16, Zeiller III S. 436, Slg. 1069, 4054.

[1] Mit der Endigung der Leihezeit ist aber die Rückstellungspflicht des Entlehners actuell geworden und auf Grund dieser Diligenz zu prästieren; der Satz des Textes wird also praktisch allerdings nur bei mora accipiendi des Verleihers.

[2] Darüber oben § 31, a).

[3] Analog der Erneuerung einer Miete; vgl. Slg. 9005, auch oben S. 190. Verschieden davon ist es, wenn nach beendigtem Leiheverhältnis die Sache noch precario beim Entlehner gelassen wird.

[4] S. oben S. 227 f.

[5] Bzw. bei grundloser (§ 977) Verweigerung der Annahme des Anbietens früherer Zurückstellung durch den Verleiher.

[6] Vgl. Zeiller III S. 219 und oben S. 221. Es handelt sich also um die Auslegungsfrage, ob die Absicht auf den höchstpersönlichen Gebrauch des Entlehners gerichtet war oder nicht, wie das Code Art. 1879 bestimmt (vgl. Pothier l. c. V p. 533); darüber aber mit dem D. Entw. § 557 Z. 3 (2. Lesung § 545 Z. 3) (s. Mot. II S. 453) gerade nur den Verleiher entscheiden zu lassen, dürfte nicht passend sein.

Entlehners an dem Objecte des Leihvertrages.[7] Eine andere Frage ist nun die nach

b) der Erlöschung der gegenseitigen Ansprüche[8] auf Ersatz von Schaden oder Kosten, welche aus dem Vertragsverhältnisse den beiden Contrahenten erwachsen sind. Neben den allgemeinen Endigungsarten der Obligationen, die hier nicht weiter aufgezählt zu werden brauchen, und von welchen allenfalls nur die Verjährung[9] mit Rücksicht auf das folgende erwähnt werden mag, kommt hier noch insbesondere in Betracht:

Der Ablauf der Fristen des § 982. Der Anspruch des Verleihers auf Ersatz wegen Missbrauchs oder Beschädigung des Lehnstückes erlischt, wenn er nicht binnen dreißig Tagen nach der Zurücknahme,[10] der Anspruch des Entlehners auf Ersatz für Verwendungen und Schaden, wenn er nicht binnen dreißig Tagen nach der Zurückgabe[11] der Sache dem anderen Theile gegenüber gerichtlich oder außergerichtlich erhoben wird. Dagegen gilt die, an die Zurückstellung der Sache geknüpfte, gesetzliche Frist naturgemäß nicht für den Ersatzanspruch des Verleihers wegen Nichtzurückgabe des Lehnstückes.[12] Die ratio legis scheint die im Urentwurfe ausdrücklich ausgesprochene zu sein, dass es als Verzicht auf weitere Ansprüche angesehen werden müsse, wenn die Sache vorbehaltlos zurückgegeben, bez. zurückgenommen werde,[13] und dass dann nur billigkeitshalber doch noch eine

---

[7] Vgl. oben S. 193, 243 f.; Heimbach S. 655.

[8] Der schon „zu Schulden gewordenen Haftungen" im Sinne von Brinz II S. 596 f.

[9] S. unten S. 247 f.

[10] Diese Frist beginnt mit der „Zurücknahme", vgl. Scheidlein Handb. II S. 418, setzt also Kenntnis des Verleihers von der Zurückstellung der Sache (nicht aber von deren Beschädigung oder Missbrauch) voraus.

[11] Diese Frist beginnt mit der „Zurückgabe", welche geschehen ist, sobald die Sache bei dem Verleiher eingelangt ist, gleichviel ob er davon Kenntnis hat oder nicht. — Vgl. zu der Berechnung der Fristen des § 982 noch Unger II S. 296 N. 17 u. 18, S. 299 N. 23, Bock Geller's C. Bl. IX 375.

[12] Vgl. E. v. 20. März 1852, G. Z. 1852 Nr. 61, Slg. 215. — Dagegen scheint mir, angesichts der im Text angegebenen ratio des Gesetzes, aus der engen Fassung des § 982 nicht geschlossen werden zu dürfen, dass die Präclusivfrist für andere als die ausdrücklich genannten Ansprüche nicht gelte — a. M. Winiwarter IV S. 179, Nippel VI S. 316 —; § 982 meint doch wohl nichts anderes als § 967, welcher von den „wechselseitigen Forderungen" des Verwahrers und Hinterlegers spricht (vgl. unten S. 340). Die 30tägige Frist bezieht sich also auch auf die Ersatzansprüche des Verleihers wegen verspäteter Zurückstellung oder des Entlehners wegen verfrühter Abnahme der Sache oder wegen seiner Beschädigung durch culpa des Verleihers.

[13] Vgl. Wg. Gb. III § 89, Cod. Ther. III, 5 Nr. 50 („Zurückstellung ohne Vorbehalt"); es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass dies ein ganz anderer Gedanke ist als der der Klagverjährung zu Grunde liegende (s. Grawein Verj. u. gef. Befrist. S. 208 ff., Unger II S. 401 f.), welchen Wg. Gb. III § 592, allerdings in nicht glücklicher Formulierung, angab. — Nicht zureichend ist jedenfalls die

kurze Frist nach der Zurückstellung der Sache zur Geltendmachung jener Ansprüche gewährt werde.

§ 982 verlangt nicht die Anstellung der Klage zur Vermeidung des Verlustes derselben, sondern rechtzeitige „Rüge" des Mißbrauches, bezw. „Meldung" der aufgewendeten Kosten, beides offenbar Acte, die sich in erster Linie als außergerichtliche Geltendmachung der betreffenden Ersatzansprüche darstellen,[14] wenngleich sie gelegentlich auch sofort in Form einer Klage erfolgen mögen.[15] Dies allein genügt, um zu zeigen, dass es sich hier nicht um eine Verjährung handelt,
Zusatz. sondern um eine **Präclusivfrist**,[16] und zwar eine Frist, welche überhaupt der Geltendmachung der betreffenden Ansprüche gesetzt ist, nicht der Klage — trotz der Schlußworte des § 982 („so ist die Klage erloschen") also eine Anspruchsfrist, keine Klagefrist.[17]

Eben deshalb muss, trotz jener Schlußworte, aus § 982 auch entnommen werden, dass jede Form der Verfolgung des Anspruches präcludiert ist, wenn er nicht rechtzeitig erhoben wurde, dass daher nach Ablauf der Frist dessen Geltendmachung nicht blos durch Klage, sondern auch durch Einrede[18] ausgeschlossen ist.

Aus jener Wendung des § 982 („so ist die Klage erloschen") darf und muss aber andererseits gefolgert werden, dass der durch

---

ratio, welche Hellmann, J. Bl. 1888 S. 14 für § 982 angibt.

[14] Ganz deutlich hier die Protokolle: Ofner II S. 38 (vgl. auch die Entgegenstellung von „Rügeln" und Klage im Cod. Ther. II, 9 Nr. 155); unrichtig daher Winiwarter IV S. 179, Ellinger zu § 982, siehe dagegen Scheidlein l. c., Pfaff in Grünhuts Ztschr. II S. 302, Stubenrauch II S. 169.

[15] Dass die Klage hier nur Form der Mittheilung des erhobenen Anspruchs ist, wird praktisch wichtig. Die Frist des § 982 wird aus diesem Grunde erst durch die Zustellung der Klage abgeschnitten, nicht wie die Verjährung durch deren Anbringung (Unger II S. 426), und auf die „gehörige Fortsetzung" (§ 1497) kommt es nicht an.

[16] Dies kann heute schon als herrschende Ansicht bezeichnet werden; s. Unger II S. 277 f. N. 79, Pfaff l. c. S. 302 vgl. mit S. 300, Grawein l. c. S. 74, 94 N. 40, Strohal in Grünhuts Zeitschrift IX S. 65, Schiffner V S. 139, Hanausek Hastung d. Verk. II S. 306 N. 18, Hasenöhrl II S. 596 N. 31, Bockl. c., Kirchstetter 4. Aufl. S. 504, Stubenrauch 4. Aufl. u. ff. zu § 982, während früher Kirchstetter (2. Aufl. S. 699) und Stubenrauch (2. Aufl. II S. 611) noch der Lehre Zeiller's IV S. 252 f., III S. 205, und Rippel's IX S. 124 f. folgten, an welcher aber auch Krainz I S. 423 II, 1 S. 205, Burckhard II, S. 501 f. (auch Adler Lagerhausrecht S. 142 ff.?) festhalten, indem sie von einer 30tägigen Verjährung sprechen; ebenso Kritz S. 458. Dass die Fristen des § 982 und § 967 keine Verjährungsfristen sind, ist nun auch in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 26. Febr. 1889 (Now. III 80, Slg. 12604) anerkannt; vgl. auch Slg. 4515.

[17] Vgl. dazu Unger II S. 355 f. N. 18, und unten N. 35.

[18] So wie das vom Standpunkte einer „Anspruchsverjährung" (im Gegensatze zur Klageverjährung) auch für den verjährten Anspruch selbstverständlich scheint; vgl. Hanausek Verhandl. des XX. deutschen Juristentages S. 321 ff.

Ablauf der 30tägigen Frist präcludierte Anspruch des Verleihers oder Entlehners nach der Auffassung des Gesetzes zu denjenigen gehört, welchen „bloß das Klagerecht versagt" ist, dass also nach der Präclusion doch noch eine Naturalobligation im Sinne des § 1432 übrig bleibt.[19]

Ob diese Präclusion ipso jure eintritt oder nur ope exceptionis wirke, das zu entscheiden bietet das Gesetz allerdings keinen sicheren Anhaltspunkt. Doch dürfte die letztere Alternative eher dem Geiste des a. b. Gb. entsprechen.[20]

Eine Unterbrechung des Laufes der Fristen des § 982 wird weder durch die Klaganstellung als solche, noch durch Anerkennung seitens des Gegners bewirkt; das Gesetz bezeichnet kategorisch die „Rüge" oder „Anmeldung", und nur sie, als geeignet die Wirkung des Zeitablaufes zu vermeiden. Ja, eine Unterbrechung in dem Sinne, wie sie bei der Verjährung eintreten kann (§ 1497), ist hier überhaupt nicht möglich. Auch jene „Rüge" oder „Meldung" bewirkt nicht etwa, dass die Frist „unterbrochen", d. h. nur die bis dahin verstrichene Zeit außer Betracht bleiben, und nun neuerlich der Lauf einer 30tägigen Frist beginnen würde. Vielmehr ist durch „Rüge" und „Meldung" innerhalb jener Frist der Ersatzanspruch vor der Präclusion nach § 982 ein- für allemal gerettet; diese Erlöschungsart droht ihm überhaupt nicht mehr. Auf der anderen Seite aber sind alle sonstigen Gründe der Endigung einer Obligation dadurch nicht berührt. Und so geht insbesondere die Verjährung ihre eigenen Wege neben der Präclusion des § 982.[21] Das Verhältnis ist also auch nicht so, dass durch die „Rüge" oder „Meldung" die Frist des § 982 abgeschnitten und nunmehr die gewöhnliche Verjährung in Lauf gebracht würde.[22] Die letztere beginnt hier wie

[19] So auch Pavliček Lehre v. d. Klagen aus unger. Bereicherung S. 41, Hasenöhrl I S. 33. A. M. Grawein l. c. S. 162 ff. auf Grund der „Analyse des begrifflichen Wesens der Rechtsbefristung"; s. dagegen Strohal l. c. S. 75.

[20] Beruht die Befristung des § 982 auf dem Gedanken (oben S. 245), dass die vorbehaltlose Zurückgabe bezw. Zurücknahme des Lehnstückes als stillschweigender Verzicht auf weitere Ansprüche aufzufassen sei, so muss dem Gegner immer noch die Entscheidung überlassen bleiben, ob er diesen Verzicht acceptieren wolle. Auch hier lässt sich keine allgemeingiltige Folgerung aus dem Begriffe der Befristung ziehen, wie Grawein l. c. S. 172 f. will (aber auch Unger II S. 445 N. 21, Dernburg Pr. R. I S. 399); s. dagegen Strohal l. c.

[21] Vgl. die treffenden Bemerkungen zu der Frist des § 1367 bei Arndts in Haimerls Vrtljhrschr. VI S. 157 (civilist. Schrift. III S. 252). Bezüglich des Verhältnisses zur Verjährung s. auch noch unten § 35 N. 27.

[22] So scheint das Verhältnis bei Stubenrauch II S. 169 aufgefasst zu sein. — Wenn freilich die „Rüge" oder „Meldung" durch gerichtliche Klage

sonst, nach ihren eigenen Regeln, mit der „actio nata“, also schon vorher, ja regelmäßig schon vor dem Beginne der Präclusivfristen des § 982; denn diese nehmen erst von der Zurückstellung der Sache ihren Anfang, die Ersatzansprüche selbst aber sind schon mit dem Augenblicke der geschehenen Beschädigung, bezw. des gemachten Aufwands entstanden und fällig.[23] Zunächst also laufen beide, die Verjährungs- und die Präclusivfrist, nebeneinander. Ist durch Verstreichen der letzteren der Anspruch gemäß § 982 erloschen, dann freilich bleibt für die Verjährung kein Substrat mehr, gerade so, wie wenn sonst vor Ablauf der Verjährungszeit das betreffende Recht durch eine andere Thatsache, etwa die Zahlung, beseitigt wird. Ist aber, durch „Rüge“ oder „Meldung“ zur rechten Zeit, die Präclusion des Anspruchs vermieden, so nimmt die, schon vorher begonnene, Verjährung ihren gewöhnlichen Fortgang.

Zweifelhafter erscheint die Frage, ob, nach Analogie der Verjährung, auch eine Hemmung des Laufes der Präclusivfrist vorkomme. Gewiss ist, dass der „Stillstand der Rechtspflege“ (§ 1496) hier ohne Belang bleibt, da ja § 982 nicht die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche voraussetzt, sondern die außergerichtliche zur Vermeidung des Verlustes genügt. Dasselbe muss wohl von den Hemmungsfällen des § 1495 gelten, welche darauf beruhen, dass zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern oder Pflegebefohlenen und Vormündern, die gerichtliche Austragung von Rechten ohne nachtheilige Folgen des Zeitablaufes für einen der Betheiligten solle ruhen dürfen. Dagegen lässt sich die Analogie des in § 1494 den Handlungsunfähigen bezüglich des Ablaufes der Verjährung gegebenen Privilegs, sowie der Hemmung des § 1496 zu Gunsten des „in Civil- oder Kriegsdiensten“ Abwesenden nicht sofort abweisen. Die Übertragung der letzteren auf die Fristhemmung im Falle des § 982 erscheint in der That der ratio dieses Gesetzes entsprechend; sehr bedenklich aber die Übertragung auch der erstgenannten Norm, durch deren Anwendung die in § 982 festgesetzte kurze Frist gegebenen Falles ganz unverhältnismäßig verlängert würde.[24]

---

erfolgt, oder der Anspruch bei dieser Gelegenheit vom Gegner anerkannt ist, so liegt darin zugleich eine Unterbrechung der Klagverjährung, welche dann von diesem Zeitpunkte ab (neu) zu laufen beginnt.

[23] Vgl. Strohal l. c. S. 71.

[24] Die Frist könnte nach dem Schlusssatze des § 1494 „nie früher als binnen zwei Jahren nach den gehobenen Hindernissen vollendet werden“!

Zusatz. Der Gegensatz zwischen Verjährung, gesetzlicher Rechtsbefristung und materiellrechtlicher **Präclusivfrist** hat erst in der civilistischen Literatur der neueren Zeit volle Beachtung gefunden. Es bleibt das Verdienst der bekannten Schrift von Grawein über Verjährung und gesetzliche Befristung (1880), das Thema mit Energie auf die Tagesordnung gesetzt zu haben.[25] Indes darf man nicht glauben, dass die Verfasser des a. b. Gb. noch in dem Wahne befangen waren, jede Endigung eines Rechts durch Zeitablauf sei stets ein Fall der Extinctivverjährung. Steht doch im a. b. Gb. der Verjährung als dem „Verlust eines Rechtes, welches während der vom Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist" (§ 1451) das „Erlöschen von Rechten durch den Verlauf der Zeit, worauf sie durch das Gesetz beschränkt sind" (§ 1449) gegenüber. Und mit voller Klarheit hatte Zeiller bei der Revision des Entwurfes (Ofner II S. 449) den dem jetzigen § 1449 entsprechenden Satz (Wg. Gb. III § 588) aus dem Hauptstücke von der Verjährung hinausgewiesen, weil derartige Rechte „eigentlich (bloß) durch den Verlauf der Zeit erlöschen, sie mögen ausgeübt worden sein oder nicht". Verjährung und Legalbefristung sind hier also schon ganz so gesondert, wie es Grawein's Begriffsanalyse fordert. Deshalb konnte auch bereits die ältere österreichische Literatur über diesen Gegensatz nicht hinweggehen.[26] Nicht so deutlich — obgleich ihnen auch dies nicht völlig entgangen sein dürfte — gab sich die theoretische Auffassung unserer Codificatoren Rechenschaft von solchen Fällen der Erlöschung von Rechtsansprüchen durch Zeitablauf, welche von der Verjährung verschieden und doch auch keine Rechtsbefristungen im Sinne des § 1449 sind.[27] Gerade in diesem Punkte aber sieht sich die Einzeldarstellung derartiger Verhältnisse, wie z. B. eine Besprechung des § 982, auch von der grundlegenden Untersuchung Grawein's im Stiche gelassen, während sie von dessen strengem Kritiker, Strohal,[28] auf den richtigen

---

[25] Vorher war der Gegensatz bereits betont namentlich von Demelius Untersuchungen I S. 1 ff. und Unger II S. 275 ff.; vgl. auch Arndts l. c. Zrodlowski Verjährung S. 68 ff. Aus neuerer Zeit s. die oben N. 16 citirten Schriftsteller, dann etwa Bekker System I § 38, Dernburg Pr. R. I § 165, Schwalbach Jahrb. f. Dogm. XX S. 265 ff.,

[26] Vgl. Winiwarter in Pratobevera's Materialien VIII S. 10 ff., S. 153 ff. Pachmann Verjährg. S. 40, S. 42 N. 15, Ellinger zu § 1465, Horak Ztschr. f. österr. Rechtsgel. 1826 III S. 27, Perthaler ebend. 1842 II S. 52.

[27] Auf solche Fälle, oder doch auch auf sie, scheinen die „zur Vollständigkeit" (Ofner II S. 452) in das Hauptstück von der Verjährung aufgenommenen Verweisungen in den §§ 1465 und 1491 zu zielen. In dem Streite der Commentatoren aber, ob nun alle nicht in diesem Hauptstücke selbst behandelten Fristen auch außerhalb des Begriffes der Verjährung fallen — s. gegen Winiwarter l. c. S. 11 Horak l. c., Pachmann l. c. S. 42 N. 14 — oder ob ihnen nicht gewisse Normen mit der Verjährung gemein seien — vgl. etwa Nippel VIII 1 S. 307 — macht sich das richtige Gefühl geltend, dass es zwischen Rechtsbefristung im Sinne des § 1449 und Verjahrung noch ein Drittes gebe. (Direct geläugnet ist dies von Michel, G. Z. 1855 Nr. 29 S. 115).

[28] Grünhuts Ztschr. IX S. 61 ff.

Weg gewiesen wird. Grawein unterscheidet (S. 23 ff.), von den hier nicht weiter interessierenden Erscheinungen der Ersitzung und der gesetzlichen „Vermuthungsfristen" abgesehen, die drei juristischen Phänomene: „Verjährung", „Rechtstemporalität oder Legalbefristung" und „materiellrechtliche Präclusivfristen" — die erste, wohl nicht „elegant" definiert, aber treffend charakterisiert (S. 55) als „Aufhebung eines Anspruches infolge der während eines gewissen Zeitraumes unterbliebenen Vornahme jener Acte, welche die Rechtsordnung als Unterbrechungsgründe der Verjährung bezeichnet" (d. i. nach § 1497 der Klaganstellung und der Anerkennung); die zweite als das durch keinerlei „Unterbrechung" zu verlängernde Zeitmaß der Existenz eines Rechts; die „Präclusivfrist" endlich als die zeitliche Einschränkung der „Möglichkeit, ein Recht erst ins Leben zu rufen" (S. 35). Es gibt aber zweifellos nicht wenige gesetzliche Befristungen, welche keine Verjährungsfristen sind, weil ihr Lauf nicht durch Klage oder Anerkennung unterbrochen werden kann, welche auch keine „Rechtstemporalität" begründen, weil sie nur einem Rechte, das an sich unbeschränkter Dauer fähig ist, den Untergang bei Unterlassung gewisser Schritte seitens des Berechtigten androhen, welche aber auch nicht blos die Möglichkeit der Entstehung eines in der Bildung begriffenen Rechts, sondern die Existenz eines schon vorhandenen Rechts bei Unterbleiben jener Schritte abschneiden. Mit Rücksicht hierauf hat Strohal (l. c. S. 64) die Grawein'sche Bestimmung des Begriffs der „Präclusivfrist" für unrichtig erklärt. Dagegen ist nun allerdings nicht mit Unrecht bemerkt worden,[29] dass dies füglich eine terminologische Frage sei, und dass Grawein erwidern könnte, Fristen der eben berührten Art seien „eben keine Präclusivfristen in seinem Sinne". Allein die Hauptsache bleibt, dass diese Art von Fristen unter gar keine der von Grawein aufgestellten Rubriken paßt,[30] obgleich diese, wie er behauptet (S. 23), eine „Orientierung" über „alle die verschiedenen Fälle, in welchen mit dem Ablauf einer Frist der Untergang eines Rechtes eintritt", geben sollen. Grawein selbst, der manche der hieher gehörigen Fristen des a. b. Gb. gewiss nicht geradezu übersehen hat, scheint dieselben unter die Kategorie der „Legalbefristung" von Rechten einreihen zu wollen, und dies ist keine Frage der Terminologie, sondern von entscheidender Bedeutung, wenn man, so wie er, glaubt, aus dem Begriffe der „gesetzlichen Befristung" von Rechten mit zwingender Logik alle einzelnen Normen bezüglich dieser Befristungen ableiten zu können. Das muss zu Unklarheiten,[31] oft geradezu zu Fehlern führen. Das einzig richtige Verfahren ist, für jede einzelne gesetzliche Befristung aus Wortlaut und Zweck des Gesetzes Wesen und Wirkungen derselben zu entnehmen.[32] Entscheidend wird dabei vor allen die Frage sein, welche Acte

[29] Menzel Anfechtungsrecht S. 105 N. 7.

[30] Dies ist durch die von Strohal l. c. S. 64 f. aufgeführten Beispiele schlagend dargethan.

[31] So bei Grawein l. c. S. 74 f. gerade bezüglich § 982.

[32] Der Sprachgebrauch des a. b. Gb. kann dabei nicht entscheiden — s. schon Unger II S. 277 N. 79 —, da das

erforderlich und genügend sind, um die Erlöschung des betreffenden Rechts oder Anspruchs durch Ablauf der Frist zu vermeiden. Im einzelnen aber wird sich dabei die größte Mannigfaltigkeit ergeben und jede Generalisierung, namentlich auch der Gegensätze gegenüber den Regeln der Verjährung,[33] kann nur auf Irrwege führen. Von Interesse für die an dieser Stelle zu erörternde Bestimmung des § 982 dürften namentlich folgende, übrigens durchaus nicht erschöpfende, Unterscheidungen sein. Es kann a) ein Recht erlöschen, wenn es nicht binnen einer bestimmten Frist ausgeübt (materiell, wirtschaftlich davon Gebrauch gemacht) wird: Rechtsausübungsfrist;[34] b) wenn der Anspruch nicht innerhalb der Frist gegenüber dem Verpflichteten erhoben wird (gerichtlich oder außergerichtlich): Anspruchsfrist; oder c) wenn dieser Anspruch nicht durch Klage geltend gemacht wird: Klagefrist.[35] Die Frist des § 982 fällt, wie oben (S. 246) ausgeführt ist, unter die Kategorie b).[36] Dass nun alle drei Gruppen sich von der Verjährung scharf abheben, insoferne bei ihnen allen von einer „Unterbrechung" des Fristenlaufes, und insbesondere einer Unterbrechung durch Anerkennung keine Rede ist, berechtigt gewiss, sie alle trotz der Verschiedenheit der einzelnen Fälle untereinander zu einer Gattung zusammenzufassen, für deren Bezeichnung kaum ein zutreffenderer Name als der der „Präclusivfrist" sich bietet;[37] ein sprachlicher Grund, diesen Ausdruck gerade nur zur Benennung der von Grawein darunter verstandenen Fälle zu gebrauchen, ist nicht erfindlich.

§ 35.

6. Mehrheit der Subjecte des Leiheverhältnisses.

Reatz Gutachten aus dem Anwaltstande (1890) S. 1142—1149.

Wird eine Sache von mehreren Personen gemeinschaftlich verliehen oder gemeinschaftlich entlehnt, so kann, wie bei jedem Obliga-

Gesetz die Begriffe nicht scharf trennt (s. oben N. 27); aus diesem Grunde ist allerdings auf manche Einzelfrage nur problematische Antwort zu geben.

[33] Darin dürfte der Hauptfehler der Darstellung Grawein's (bes. S. 79 ff.) liegen; s. dagegen auch Bekker Pand. I S. 125.

[34] So etwa das Erlöschen einer Bauconcession (Strohal l. c. S. 64), wenn mit dem Baue nicht in bestimmter Frist begonnen wird. Von der Rechtsverjährung (nicht bloß der Klageverjährung), etwa dem Untergange von Servituten durch non usus, unterscheidet sich der Fall wesentlich dadurch, dass keine „Unterbrechung" des Fristenlaufs durch Klage oder Anerkennung möglich ist; vgl. auch Unger II S. 275 f.

[35] „Klaganstellungsfallfristen" nennt sie Hanausek Haft. d. Verk. II S. 302; so z. B. die Frist des § 936, vgl. Unger II S. 278 N. 79, Zrodlowski l. c. S. 73 N. 13. Derartige Klagefristen stehen zwar der Verjährung näher als die zu a) und b) gehörigen Fristen, scheiden sich aber immer noch scharf von jener dadurch, dass sie durch Anerkennung nicht „unterbrochen" werden; vgl. Strohal l. c. S. 68 f.

[36] Dasselbe gilt von der Frist des § 967 (vgl. unten S. 340) oder der Frist für die Reclamierung verlorenen Reisegepäckes nach § 34 Z. 3 Eisenb.-Betr.-Reglem. v. 10. December 1892 R. G. B. 207.

[37] Zur Specialisierung der einzelnen untereinander so verschiedenen Fälle mag dann der Bezeichnung noch ein Zusatz gegeben werden, wie das die oben gebrauchten Ausdrücke „Anspruchsfrist", „Klagefrist" u. dgl. bezwecken.

tionsverhältnisse, Berechtigung der mehreren Verleiher oder Verpflichtung der mehreren Entlehner „zur ungetheilten Hand" im Vertrage bedungen werden,[1] active oder passive Correalität im Sinne § 891 und § 892, für welche die allgemeinen Grundsätze zur Geltung kommen. Wie aber, wenn solche Correalität nicht vertragsmäßig festgesetzt ist — und in der bloßen Thatsache der gemeinschaftlichen Übergabe bezw. Annahme einer Sache zum Gebrauche durch mehrere darf der Ausdruck des auf Correalität der Obligation gerichteten Willens noch nicht gefunden werden[2] —, oder wenn hinterher an die Stelle des einen Verleihers oder Entlehners, insbesondere durch Erbgang,[3] mehrere Personen treten? Fehlt es in diesen Fällen auch an verabredeter Correalität, so kann dennoch nicht Recht und Pflicht der betheiligten Subjecte in Theile aufgelöst werden; denn der Hauptanspruch aus dem Leihvertrage richtet sich auf custodia und Zurückstellung der geliehenen Sache, und dies erscheint dem Wesen des Verhältnisses zufolge[4] als eine untheilbare Leistung,[5] mag jene Sache an sich physisch oder ideell theilbar sein oder nicht.[6] Es entsteht somit

---

[1] Vgl. L. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2; Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. III. S. 90 ff. Das praktische Interesse der Verabredung der Correalität ergibt sich aus den unten S. 259 f. angegebenen Gegensätzen.

[2] Wie das z. B. der Code Art. 1887 statuirt, und Sächs. Gb. § 1185. Für das österreichische Recht ist der Satz des Textes wohl unbestreitbar, da vertragsmäßige Correalität nach § 891 und § 892 „ausdrücklich" bedungen werden muss. Ein anderes ist es, dass bei Commodat und Depositum der Parteiwille die Verpflichtung zu custodia als untheilbar auffasst — s. unten N. 6 und N. 24; denn damit ist noch nicht die verschärfte Haftung, eines Mitschuldners für den andern, gewollt.

[3] Dies der wichtigste Fall; immerhin könnte auch durch Cession, etwa bei Gelegenheit der Veräußerung der verliehenen Sache an Mehrere, ein derartiger Übergang erfolgen.

[4] Mit dem Hinweise darauf, dass Gegenstand des Rückforderungsanspruches nur die Detention der geliehenen Sache, diese aber untheilbar sei (so Ubbelohde Untheilb. Oblig. S. 42 f., Rümelin Theilung d. Rechte S. 199 u. a.), ist die Frage nicht erledigt. Theilweise Zurückstellung (so besonders, wenn mehrere Sachen zusammen geliehen sind, etwa ein Werk in mehreren Bänden) ist an sich sehr wohl denkbar; das entscheidende ist, ob nicht die Absicht des Vertrages Zurückstellung und custodia aller Stücke als Einheit behandelt wissen will; vgl. Scheurl Weitere Beitr. I S. 73 f., Mages Gesammtschuldverhältnisse S. 62.

[5] Im Resultate sind darüber alle einig; vgl. nur Hasenöhrl I S. 183 f., S. 131 N. 50 und die dort Citirten.

[6] Die ideelle Theilbarkeit des Objects kommt nicht in Betracht. Mögen die mehreren Verleiher an demselben auch pro partibus indivisis berechtigt sein (Miteigenthümer), so gehört doch die Verleihung zur Ausübung des Gebrauchs der gemeinsamen Sache (vgl. oben S. 202), in dieser Beziehung aber geht jeden die ganze Sache an, jeder von ihnen verlangt daher Bewahrung und Rückgabe der ganzen vom Entlehner (nicht richtig hier Mages l. c. S. 63). Auf der andern Seite erhält auch nicht etwa jeder von mehreren Entlehnern den ideellen Theil eines Gebrauchsrechts an der Sache, sondern lediglich den persönlichen Anspruch auf Überlassung der Sache selbst, gerade wie jeder Miteigenthümer oder Mitbesitzer (vgl. Randa Besitz S. 412)

ein Verhältnis der **Solidarität wegen Untheilbarkeit der Obligation**, Zusatz.
dessen praktische Bedeutung in ihren Hauptrichtungen sich folgendermaßen charakterisiert.

a) Mehrere Verleiher[7] (active Solidarität) können die Forderung der Zurückstellung des Lehnstückes gemeinschaftlich geltend machen; aber auch jeder einzelne von ihnen kann die Herausgabe verlangen, wenn er dem Entlehner zugleich Caution bietet gegen weitere Inanspruchnahme durch die übrigen.[8] Geschieht weder das eine noch das andere, so kann sich der Entlehner durch gerichtliche Hinterlegung (oder Sequestration)[9] der Sache liberieren: § 890, 2. Satz.[10] Die Auslieferung der Sache an einen der Verleiher befreit also den Entlehner nicht von der Haftung gegenüber den anderen[11] —

---

jeden „kleinsten materiellen Theil" der Sache für sich in Anspruch nimmt, und eben deshalb bezieht sich auch die Verpflichtung eines jeden auf die entlehnte Sache selbst, nicht einen ideellen Theil derselben (wie Hasenöhrl I l. c. meint; s. dagegen Unger Jahrb. f. Dogm. XXII S. 228 N. 51, Ryck S. 128, Mages l. c. S. 61 f.). Ebensowenig aber verschlägt die reelle Theilbarkeit der Sache (vgl. oben N. 4) oder ihres Gebrauchs. Die mehreren Entlehner erhalten gemeinschaftliches Gebrauchsrecht. Mögen sie sich untereinander in den Gebrauch theilen, wie sie wollen, so muss deshalb doch der Vertrag dahin ausgelegt werden, dass auch jeder von ihnen die Obsorge für die ganze Sache übernehme (auf den Parteiwillen hat schon Nippel VI S. 276 für mehrere Depositare dies zurückgeführt), und in diesem Sinne erscheint die von ihnen übernommene Leistung, trotz Theilbarkeit ihres Objectes, als untheilbar. Verfehlt, oder mindestens irreführend (s. Grützmann sächs. Privatr. II S. 47 ff.), ist daher eine Bestimmung, wie die des sächs. Gb. § 1185, welche mehrere „Erben eines Entleihers nur bei Untheilbarkeit der Sache" solidarisch haften lässt.

[7] Bezw. Rechtsnachfolger des ursprünglichen Verleihers.

[8] Durch die Rückforderung unter Anbietung dieser Caution kann somit der Schuldner auch von dem einzelnen Gläubiger in Verzug versetzt werden, was Hasenöhrl I S. 189 f. übersieht.

[9] Der Ausdruck „gerichtliche Verwahrung" im §. 890 umfasst, wie sich aus § 1425 ergibt (vgl. Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. VI S. 689, Schey Mora cred. S. 45 N. 4), auch die gerichtliche Sequestration, insbesondere von Immobilien.

[10] Nicht die Befugnis des Schuldners zur gerichtlichen Deposition ist (wie Hasenöhrl I S. 189 anzunehmen scheint) das besondere, da dieselbe auch sonst (§ 1425) nicht Verzug des Gläubigers voraussetzt (vgl. Czyhlarz l. c. S. 661 f., Schey l. c. S. 44 f.). Positivrechtlich ist nur die Vorschrift des §. 890, dass der Schuldner auch dem einzelnen Gläubiger, welcher gehörige Sicherstellung bietet, die Leistung nicht vorenthalten darf. Aus letzterem folgt aber auch, dass der einzelne Gläubiger die gerichtliche Hinterlegung fordern kann (so richtig Nippel VI S. 273), da ja gerade diese die beste „Sicherstellung" für den Schuldner bietet. Dies letztere Recht gewährt jetzt auch § 374 D. Entw. zweiter Lesung, während im übrigen, wie im Entw. 1. Lesung (§ 339), nur die theoretisch richtigere aber praktisch doch wohl wertlose (s. nur Mot. II S. 172) Befugnis des einzelnen Gläubigers, die „Leistung an alle" zu fordern, anerkannt ist.

[11] So die allgemeine Ansicht — s. Nippel, Winiwarter, Stubenrauch zu § 890, Mages l. c. S. 49, Hasenöhrl l. c. —, trotzdem § 890 nur sagt, der Schuldner sei zur Leistung an den einzelnen Gläubiger „ohne Sicherstellung nicht verpflichtet". Ganz deutlich hatte Wg. Gb. III § 33 bestimmt, er dürfe das nicht; es steht aber fest, dass durch die Änderung der Stylisirung keine

es wäre denn, dass die Zurückstellung thatsächlich auch diesen anderen zugute gekommen ist (arg. § 1424), oder dass er durch entschuldbaren Irrthum zu der Herausgabe an jenen Einen veranlasst wurde.[12]

Kommt es, gleichviel aus welchem Grunde, zur Leistung von Geldersatz statt (oder neben) der Naturalrestitution, so kann jeder der mehreren Verleiher nur sein Interesse liquidieren;[13] die Entschädigungsforderung theilt sich nach der Regel des § 889.

b) Mehrere Entlehner (passive Solidarität) haften für die Zurückstellung der entlehnten Sache in solidum: § 890, 1. Satz. Der Verleiher kann, muss aber nicht, sie alle gemeinschaftlich belangen.[14] Zumeist wird er, wenn er diesen Weg nicht wählt, naturgemäß am liebsten denjenigen in Anspruch nehmen, der thatsächlich die Sache in Händen und somit die Möglichkeit ihrer Rückstellung hat; aber auch dazu ist er nicht verpflichtet. Der einzelne auf Herausgabe des Lehnstückes geklagte Entlehner kann also weder die sog. exceptio plurium litis consortium[15] vorschützen, noch, wie etwa gegenüber der Eigenthumsklage, den Mangel der passiven Klagslegitimation aus dem Grunde, weil nicht er im faktischen Besitze der Sache sei.[16] Nicht hiemit zu verwechseln ist aber die Einwendung, dass

---

sachliche Änderung in diesem Punkte beabsichtigt wurde, vgl. Ofner II S. 558.

[12] Die Leistung an den einen Gläubiger tilgt an sich nicht die Forderung des anderen, aber der Schuldner haftet letzterem auch in dieser Beziehung für nicht mehr als die vertragsmäßige Diligenz; vgl. L. 81 § 1 D. de solut. 46, 3, Rümelin l. c. S. 221. Der Beweis seiner Schuldlosigkeit obliegt natürlich auch in dieser Richtung (nach § 1298) dem Schuldner.

[13] Darüber herrscht kein Streit; s. Hasenöhrl I S. 190 und die das. N. 47 angeführten Schriftsteller, dann Mages l. c. S. 63, Rümelin l. c. S. 215.

[14] Die Vorschrift des § 891, welche die gleichzeitige selbständige Proceßführung gegen mehrere Correalschuldner verwehrt (vgl. über deren problematischen Wert Unger II S. 397 f. N. 32), dürfte auf die solidarische Haftung für die Rückstellung einer „untheilbaren Sache" (§. 890) nicht analog anzuwenden sein, weil hier jeder der Mitschuldner nur für seine Diligenz haftet, daher, zum Unterschiede von der Correalobligation, die Proceßlage nicht nothwendig bezüglich aller Verpflichteten die gleiche sein muss. A. M. Hasenöhrl. I S. 193, Stubenrauch II S. 58.

[15] Vgl. über diese exceptio Ryck S. 120, Ubbelohde l. c. S. 282 ff.

[16] Eine positive Vorschrift in diesem Sinne, wie sie sich im Pr L. R. I, 14, § 61 oder im Cod. Ther. III, 5 Nr. 25 findet (über das römische Recht vgl. Brinz II S. 600 f., der Satz der L. 3 § 3 D. h. t. dürfte übrigens nicht classisch sein, Eisele Ztschr. d. Sav. Stift. XIII S. 124), kennt das a. b. Gb. nicht. Aus der allgemeinen Erwägung aber, dass der geklagte Entlehner oder Depositar, welcher beweisen kann, dass die Sache ohne seine Schuld sich bei seinem Mitschuldner befinde, frei sein müsse, weil für ihn unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung vorliege (so z. B. Ribbentrop Lehre v. d. Correalobl. S. 130 ff., Rümelin l. c. S. 232) darf nicht argumentiert werden. Es ist in solchem Falle noch gar keine Unmöglichkeit der Obligationserfüllung für den Geklagten erwiesen; denn seine Pflicht geht eben, wie schon Zeiller III S. 67 f.

die Zurückstellung der Sache sowohl ihm als den übrigen Mitverpflichteten unmöglich sei, und dass an dieser Unmöglichkeit ihn, den allein geklagten, keine Schuld treffe. Diese Einwendung kann ihm nicht versagt werden, da der eine Entlehner, wie sich unten zeigen wird, für die culpa des anderen nicht einzustehen hat.

Was die Verpflichtung zum Schadenersatz bei vereitelter Naturalrestitution betrifft, so pflegt man den Lehrsatz aufzustellen, dass die bloß auf der Untheilbarkeit des Gegenstands der Obligation beruhende Solidarität der Haftung sich sofort in Theilhaftung der einzelnen Schuldner auflöse, sobald an die Stelle des untheilbaren ein theilbares Object tritt, wie es der Gelderſatz ist.[17] Allein mit diesem allgemeinen Princip ist die Frage nicht abzuthun. Die einzelnen Fälle[18] bedürfen praktischer Erwägung.

α. Ist bereits vor Eintritt der mehreren Verpflichteten in die Obligation, also etwa noch durch das Verschulden des Entlehners selbst,[19] welcher dann gestorben und von mehreren beerbt ist, die Umwandlung des Anspruchs aus dem Commodat in eine Ersatzforderung eingetreten, dann allerdings kommt das eben erwähnte Princip zur Geltung. Die mehreren Verpflichteten treten in eine bei ihrem Eintritte schon theilbare Haftung ein, daher nach allgemeiner Regel (§§ 888 f.) in getheilte Haftung.[20]

β. Anders, wenn die Zurückstellung in Natur erst später vereitelt wird. Geschieht dies durch Verschulden eines einzelnen unter den mehreren Verpflichteten, so tritt weder „getheilte" noch „solidarische" Ersatzpflicht ein; vielmehr haftet nur der Schuldige allein dem Verleiher für den vollen Ersatz.[21] Die „gemeinschaft-

richtig betont, dahin, wenn er „die Sache nicht inne hat, sie von jenem Mitschuldner, der sie verwahret, herbeizuschaffen." Die im Texte vertretene Ansicht ist angenommen in der Entscheidung Slg. 12730.

[17] So namentlich die österreichischen Schriftsteller: Nippel VI S. 97, Winiwarter IV S. 49, Kirchstetter S. 466, Stubenrauch II S. 58, Mages l. c. S. 43, 47, Krainz II, 1 S. 135, Sághy S. 180 ff.; ebenso Dernburg Pr. R. II S. 61 f. und D. Mot. II S. 173 f. zu dem, in 2. Lesung gestrichenen § 341 D. Entw. Die verschiedenen Ansichten im gemeinen Rechte s. bei Windscheid II § 299 N. 7.

[18] Inwieweit der Eintritt mehrerer Erben des Entlehners von dem Falle zu scheiden ist, wenn von Anfang mehrere Entlehner den Vertrag schließen s. unten S. 258 f.

[19] Dasselbe muss wohl gelten, wenn ein casus vorliegt, für welchen aber der Entlehner dem Vertrage gemäß zu haften hat; vgl. dazu Rümelin l. c. S. 227 ff.

[20] Vgl. Brinz II S. 74, S. 600.

[21] So auch Mages l. c. S. 47, Hasenöhrl I S. 193; cf. L. 17 § 2 D. h. t., L. 1 § 43 D. dep. 16, 3, Brinz II S. 599 f., Ferrini p. 301. Anderer Ansicht scheint Krainz II, 1 S. 135 und Stubenrauch II S. 58, welcher hier gesetzliche Correalität annimmt, wie sie Pr. L. R. I, 14 § 59 in der That statuirt

liche" Haftung für die untheilbare Leistung im Sinne der §§ 888—890 bedeutet eben nicht, wie die „Correalität" der §§ 891 ff.[22] eine Haftung „Aller für Einen und Eines für Alle"; jeder hat seine mora und seine culpa, nicht aber die des anderen zu verantworten.

γ. Trifft aber alle ein Verschulden — und dies ist namentlich auch dann der Fall, wenn zwar Einer unmittelbar die ordnungsmäßige Rückgabe vereitelt, die anderen es aber an dessen Überwachung fahrlässiger Weise haben fehlen lassen[23] — so haften nach der Vorschrift des § 1303 alle ungetheilt,[24] wie für die custodia und Zurückstellung selbst, so auch für die Entschädigung bei Verletzung ihrer Vertragspflicht.

δ. Ist einmal ein einzelner unter den Mitschuldnern geklagt und zur Herausgabe des Lehnstücks verurtheilt worden,[25] die auf Naturalrestitution (§ 30 a. G. O.) gerichtete Execution aber fruchtlos geblieben, so ist der Verleiher in diesem Stadium jedenfalls befugt (§ 306 a. G. O.), den vollen Ersatz von diesem Einen einzufordern.[26] Dieser mag dann seinen Regress gegen die übrigen nehmen.

c) Dieselben Grundsätze bleiben auch nach der Zurückstellung des Lehnstückes für die etwa noch ausstehenden gegenseitigen Ersatzansprüche maßgebend. Mehrere Verleiher können (oben a) stets nur

(vgl. Förster-Eccius II S. 333, dagegen Dernburg Pr. R. II S. 650 N. 21).

[22] Es „kann füglich nicht bezweifelt werden", dass die „Correalität" des österreichischen Rechtes eine „potenzierte" ist: Unger Jahrb. f. Dogm. XXII S. 254. — Über den Gegensatz zwischen der Solidarität wegen Untheilbarkeit und der echten Correalobligation s. noch Czyhlarz l. c. S. 107, Ubbelohde l. c. S. 266 ff., Ryck S. 114.

[23] Vgl. oben N. 4, dann Rümelin l. c. S. 229 f., Unger l. c. S. 249 f., Ferrini l. c.

[24] Dass § 1303 so zu verstehen ist — bei ungetheilter Haftung für die geschuldete Leistung auch solidarische Haftung für Schadenersatz wegen culpa — darüber s. Pfaff Lehre v. Schadenersatz S. 32 f. (Ofner II S. 576), Zeiller III S. 725, Unger l. c. S. 254 N. 102. Auch Hasenöhrl I S. 193 ff. kommt praktisch zu demselben Resultate; vgl. ferner Czyhlarz l. c. S. 61, Rümelin S. 231. Anders nur Kritz S. 414.

[25] Mag die Sache sich in seiner oder in der Hand eines seiner Mitschuldner befinden; vgl. oben S. 254.

[26] Ganz abgesehen davon, dass eine „Theilungseinrede in der Executionsinstanz" geradezu wie eine Prämie für die Nichterfüllung der Obligation wirken müsste — s. auch Ubbelohde l. c. S. 284 —, steht es für das positive österreichische Recht fest, dass nach § 890 des a. b. Gb. der Verleiher von jedem der Mitschuldner die ganze „Sache fordert", und dass in solchem Falle nach §. 306 a. G. O. die Execution eventuell auf den „Wert der Sache" und den „Schaden" des Klägers gerichtet ist. Jede Argumentation aus dem oben (bei N. 17) erwähnten vermeintlichen „Principe" ist dadurch ausgeschlossen; ebenso aber auch die „quellenmäßige Begründung" (so Hasenöhrl I S. 195 N. 54) einer abweichenden Ansicht durch die Behandlung der condemnatio pecuniaria im classischen Processe (vgl. Dernburg P. II S. 70 N. 6). Über die verschiedenen Ansichten in der gemeinrechtlichen Literatur s. Vangerow P. III § 567 Anm. 2, Windscheid § 299 N. 7.

pro parte Ersatz fordern, mehrere Entlehner aber (oben b, γ) bei gemeinsamer Verschuldung auch jetzt noch in solidum in Anspruch genommen werden. Dabei entsteht die Frage, wie die Präclusivfrist des § 982 hier wirke. Dass bei Mehrheit der Verleiher deren Ansprüche, soweit sie sich nicht mehr auf die Zurückstellung der Sache selbst, sondern auf Ersatz richten, unabhängig von einander sind, und dass deshalb die „Rüge" von Missbrauch oder Beschädigung der Sache durch einen von ihnen den anderen nicht zu Gute kommt, dürfte kaum bestritten werden. Aber auch bei Mehrheit der Entlehner dürfte die „Rüge" gegenüber einem derselben nicht geeignet sein, den Ersatzanspruch des Verleihers auch gegen die übrigen vor dem Untergange durch den Fristablauf zu retten, so wenig, wie die Mahnung des einen den anderen in Verzug versetzen würde.[27]

d) Etwaige Gegenansprüche des Entlehners gegen mehrere Verleiher oder der mehreren Entlehner gegen den Verleiher (wegen Impensen oder Beschädigung) gehen von vorneherein nicht auf eine untheilbare Leistung; von Solidarität der Schuld oder der Forderung aus dem Grunde der Untheilbarkeit[28] kann daher hier nicht die Rede sein, um so weniger davon, dass diese Ansprüche vor der Präclusion nach § 982 durch „Anmeldung" seitens eines der Entlehner bezw. gegenüber einem der Verleiher auch für und gegen die anderen gewahrt würden.[29]

Zusatz. Wenn vorstehend auf die Eigenthümlichkeiten der **Solidarität wegen Untheilbarkeit der Obligation** etwas näher eingegangen ist, so rechtfertigt sich dies damit, dass unter den, im Grunde nicht so häufigen Fällen, in denen das theoretisch viel besprochene Problem auftaucht, praktisch vor allen gerade der des Eintritts mehrerer Subjecte in solche Obligationsverhältnisse hervortritt, welche, wie commodatum, depositum und ähnliche, auf die Herausgabe bestimmter Sachen gerichtet sind. Zur Rechtfertigung aber der gewissermaßen positivistischen Darstellung im Texte, und ohne im übrigen die ganze Lehre von der Untheilbarkeit der Obligationen oder gar der Correal-

---

[27] Unsere Schriftsteller berühren die Frage nicht. Wollte man übrigens auch lieber die Analogie der Unterbrechung der Verjährung heranziehen, so müßte ebenso entschieden werden, da richtiger Ansicht nach (s. nur Unger l. c. S. 271 N. 150, Waldner Correale Solidarität S. 56 f., Hasenöhrl I S. 169 N. 96) die Unterbrechung bei der Correalobligation im österreichischen Rechte bloß für und gegen den einzelnen Correus wirkt.

[28] Vgl. Mages l. c. S. 62. Eine andere Frage ist, ob nicht bei gemeinsamer Verschuldung auf Grund § 1302 Correalität eintritt.

[29] Dass andererseits die solidarische Haftung mehrerer Commodatare gegenüber dem Verleiher zu solidarischer Ersatzberechtigung aller gegen Dritte führt s. bei Bruckner Custodia S. 210.

obligation einzubeziehen, seien noch wenige Bemerkungen beigefügt. — 1. Mit Deductionen aus dem Begriffe[30] der untheilbaren Obligation ist in dieser Frage nicht viel zu gewinnen. Abgesehen davon, dass die Untheilbarkeit der Obligation selbst kein objectiv feststehender Factor, sondern vielfach von der Absicht des Vertrages bestimmt[31] ist, „begrifflich" ließe sich nur so viel sagen: Wenn ohne verabredete Correalität mehrere Personen in ein Schuldverhältnis eintreten, so sollte die Obligation in ebenso viele Theile zerfallen; ist nun die theilweise Leistung thatsächlich unmöglich, und steht andererseits fest, dass diese Leistung doch nur einmal zu machen ist, so müsste dieselbe von allen Verpflichteten, resp. an alle Berechtigten, gemeinschaftlich gemacht werden.[32] Es fragt sich aber, ob das positive Recht diese logische Folgerung zieht.[33] Das a. b. Gb. § 890 zieht sie nicht, sondern gibt jedem der mehreren Berechtigten, oder gegen jeden der mehreren Schuldner den Anspruch auf die ganze Leistung. Auf diesen positiven Boden also hat sich die Theorie des österreichischen Rechts zu stellen, auch bei Ermittlung der einzelnen Rechtssätze für das Verhältnis. Und sie darf diesen Grundgedanken des Gesetzes nicht etwa als einen anomalen und deshalb nicht in seine Consequenzen zu verfolgenden betrachten.[34] — 2. Aber noch in einer anderen, von unseren Commentatoren in diesem Zusammenhange kaum beachteten,[35] Beziehung ist de lege lata die theoretische Construction des Verhältnisses nicht so frei, und deshalb praktisch weit weniger wichtig, wie für das römische Recht. Bei Succession mehrerer Erben an Stelle des verstorbenen Schuldners, tritt, falls dieselben vom beneficium inventarii keinen Gebrauch machen, schlechthin Correalität der Haftung ein: § 820; die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Obligation ist hier ohne jeden Belang. Aber auch bei bedingtem Antritt der Erbschaft bleibt zu beachten, dass sie vor der Einantwortung nach dem allerdings verfehlten Ausdrucke des § 550 „Alle für Einen und Einer für Alle" stehen. Ansprüche aus einem mit dem Erblasser geschlossenen Commodat und ähnlichen Geschäften können und werden zumeist schon in diesem Stadium gegen die Erben als die solidarischen Vertreter des

---

[30] Vgl. oben bei N. 17 über die angeblich principielle Schranke dieser Solidarität. Waldner l. c. S. 140 f., der dies „Princip" bekämpft, glaubt doch auch seinerseits die richtige Lösung auf dialektischem Wege finden zu können (s. bes. S. 135 f.).

[31] Vgl. oben N. 4. Allerdings folgt daraus, dass die Parteiabsicht die Leistung als eine einheitliche auffasst, noch nicht, dass dieselbe auf Begründung von Correalität gerichtet ist, wie Fritz Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XXII S. 473 f. meint.

[32] So auch Brinz II S. 71, Mages l. c. S. 42, Waldner l. c. S. 132 f., Scheurl l. c. S. 94.

[33] Wie das für das preußische Recht auf Grund der allg. Ger. Ordg. I, 5 § 4 angenommen wird (Dernburg Pr. R. II S. 61, dagegen aber Ryck S. 121).

[34] S. oben bei N. 4 und N. 26.

[35] S. aber Rümelin l. c. S. 244, welcher mit Recht bemerkt, dass die Entscheidung „möglicher Weise für einen Theil der Fälle auf einem anderen Gebiete, als dem des Obligationenrechts erfolgen" kann, nämlich auf dem des Erbrechts.

Nachlasses[36] realisiert werden, die Frage der Theilbarkeit der Obligation tritt also auch hier in den Hintergrund. Sie wird somit schließlich praktisch nur, wenn die betreffende Forderung erst nach der Nachlasseinantwortung und gegen Inventarserben geltend gemacht werden soll. — 3. Dass bei Untheilbarkeit der Obligation mit Mehrheit der Subjecte Solidarität i. w. S. vorliegt, steht nach § 890 für das österreichische Recht außer Zweifel.[37] Ob dies nun ein Fall der (echten) „Correalität" oder der „bloßen Solidarobligation" genannt werden soll,[38] ist in der That von mehr theoretischem als praktischem Interesse, wenn anders man sich darüber klar ist, dass jedenfalls nicht schlechtweg die zuerst für die eine oder für die andere dieser beiden Gattungen entwickelten einzelnen Rechtsnormen auf das hier in Frage kommende Verhältnis Anwendung leiden. Vom Standpunkte des a. b. Gb. ist aber so viel sicher: Obgleich die Haftung mehrerer Mitschuldner bei untheilbarer Obligation der „Correalität" weit näher steht, als dem Verhältnisse bei „bloß solidarischer Haftung", weil auch jene vom Gesetze als eine „gemeinschaftliche" aufgefasst wird,[39] und weil sie eben deshalb in dem für den Gegensatz zwischen „Correal-" und „blos solidarischer Obligation" entscheidenden Punkte, dem Regressrechte zwischen den Mitschuldnern, mit ersterer übereinkommt,[40] so kann diese gemeinschaftliche Haftung der Schuldner einer untheilbaren Leistung im Sinne des Gesetzes doch schon deshalb nicht als „Correalität" bezeichnet werden, weil sie laut der Mar-

---

[36] Vgl. Unger System VI S. 186 N. 1; auch Pfaff u. Hofmann II S. 53 kommen praktisch für die hier interessierende Frage auf dasselbe hinaus, da sie die gegen den einzelnen Miterben gerichteten Ansprüche vor der Einantwortung doch nur aus dem Nachlasse befriedigt wissen wollen. Vgl. auch Slg. 3398 (actio depositi gegen mehrere Erben des Depositars).

[37] A. M. scheint Hasenöhrl I S. 187 f. (vgl. auch S. 132 N. 50); s. dazu unten N. 39.

[38] Der Gegensatz selbst existiert auch für das Gebiet des österreichischen Rechts, wenngleich das a. b. Gb. nur die „Correalität" normiert. Es wird stets Fälle der Haftung mehrerer für dieselbe ganze, aber ihrer Natur nach nur einmal mögliche, Leistung geben (z. B. mehrerer mit demselben Auftrage unabhängig von einander betrauter Mandatare), auf welche die positiven Regeln der Correalität anzuwenden, man sich niemals entschließen wird (z. B. und vor allen betreffs des Regreßrechts zwischen Mitschuldnern, § 896, über welches Mitteis Individualisirung der Obl. S. 54 ff. und Grünhuts Ztschr. XIV S. 469 ff. zu leicht hinweggeht), welche daher auch ein Gesetz nicht unter die Rubrik der Correalobligationen einzwängen kann, wie dies D. Entw. § 321 versucht hat (vgl. dagegen G. Hartmann Arch. f. d. civ. Prax. LXXIV S. 396 ff., Jhering Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 186, Hofmann Grünhuts Ztschr. XIV S. 157). Das Schweigen des Gesetzes über derartige „bloß solidarische" Haftung ist aber ohne Bedeutung, weil „die bloße Solidarität in ihrer natürlichen Einfachheit einer besonderen gesetzlichen Regelung gar nicht bedarf": Unger Jahrb. f. d. Dogm. XXII S. 242.

[39] Vgl. das officielle Register zum a. b. Gb., wo sub v. „Gemeinschaftliche Berechtigung oder Verbindlichkeit" die §§. 888—890 berufen sind, aber beigefügt ist: „s. auch Correalität."

[40] Das Regreßrecht zwischen nur wegen Untheilbarkeit der Leistung solidarisch haftenden Mitschuldnern ergibt sich schon aus dem Grundsatze der in rem versio (§ 1042), vgl. Hasenöhrl I S. 196, Ryck S. 122, auch Waldner l. c. S. 139.

ginalrubriken zu §§ 888 ff. und §§. 891 ff. dieser geradezu entgegengestellt erscheint.[41] Der innere Gegensatz zwischen beiden aber kommt darin zum Ausdrucke, dass, um mit Unger[42] zu sprechen, die mehreren Schuldner in ersterem Falle nur mit einander, in letzterem aber mit- und für einander haften.[43]

IV.

Bittleihen (Precarium).

Randa Besitz (3. Aufl.) § 7c, § 25.; Pfersche Öst. Sachenr. (1893) I § 15. — Kritz S. 429 ff.; G. E. Schmidt D. commodatum und precarium (1841); Bulling Das Precarium (1846); H. Dankwardt D. Precarium und die Emphyteuse, Jahrb. f. d. Dogm. XIV S. 284 ff.; Ubbelohde Über d. Precar. an körperl. Sachen, Arch. f. d. civ. Prax. LIX S. 221 ff.; Dücker Beiträge z. Lehre v. Precarium (1882). — Unterholzner II §§ 609 bis 611; Wächter Pand. § 198, Beil.; Windscheid § 376; Dernburg P. II § 91.

§ 36.

1. „Bittleihen (Precarium)" bedeutet die unverbindliche Gestattung des Gebrauches einer Sache, d. i. die Duldung dieses Gebrauches ohne die Absicht, diesbezüglich dem Empfänger irgend ein Recht zu gewähren oder dem Geber irgend eine Verpflichtung aufzuerlegen, so dass die Zurücknahme der Sache jederzeit in der nackten Willkür des Verleihens steht: § 974.

Wenn dem so ist, so ist klar nicht bloß, dass das „precarium" des österreichischen Rechts vom Leihvertrage (§ 971) verschieden ist als dem Rechtsgeschäfte, durch welches dem Entlehner auf gewisse Zeit ein Recht zum Gebrauche überlassen wird, sondern auch, dass es überhaupt kein obligatorischer Vertrag, ja gar kein selbständiges Rechtsinstitut ist.[1] Es bedürfte daher strenge genommen, keiner weiteren

41 Vgl. Ryck l. c.

42 l. c. S. 235 f., S. 247. Es ergibt sich also die Stufenleiter: 1. Getrennte Haftung für die identische Leistung („bloße Solidarität"); 2. Haftung miteinander (Solidarität wegen Untheilbarkeit); 3. Haftung mit- und füreinander („Correalität").

43 Für die Mehrheit der Berechtigten kommt als praktischer Unterschied noch besonders in Betracht die Cautionspflicht des § 890, welche bei „Correalität" nicht besteht, während andererseits die hier geltende Vorschrift des § 891 über das Abstehen von der Klage (s. oben N. 14) auf die active Solidarität wegen Untheilbarkeit nicht anwendbar scheint.

1 Es ist (vgl. unten S. 271) bloß die Negation des Rechts- oder Besitzerwerbs und kommt als solche allenfalls nur für die Qualification (vitium) einer Besitzanmaßung in Betracht. — Anders das römische Precarium, auf dessen Geschichte hier nicht näher einzugehen ist. Von altersher (anders allerdings Ihering Geist d. röm. R. I S. 236 ff.) jedenfalls ein eigenartiges Rechtsinstitut, die Übertragung einer besonderen Gattung von possessio (s. noch unten S. 265 und § 37 Zus. 2), also ein Rechtsgeschäft (zu weitgehend daher z. B. Puchta Pand. § 136, s. aber auch Wendt Faustrecht S. 181, Pernice Ztschr. f. Handelsr. XXV S. 101 f.), ward es ursprünglich doch nicht als obligatorischer Vertrag betrachtet, kein „negotium contractum" (L. 14 D. h. t. 43, 26) — vgl. Böcking Institt. § 106 N. 35, Dankwardt S. 291 ff., Degenkolb Platzr. u. Miethe S. 171,

Darstellung an diesem Orte. Gleichwohl kann eine Besprechung des Precariums, im Anhange zur Lehre vom Leihvertrag, nicht umgangen werden; denn nicht nur heischt die Frage eine Beantwortung, wo die Grenze zwischen dem Leihvertrag und dem „unverbindlichen Bittleihen" verläuft: unsere Theorie und Praxis[2] ist auch durchaus nicht einig darüber, ob sie sich an die oben gegebene gesetzliche Begriffsbestimmung wirklich zu halten habe. Man kann, wie es scheint, nicht vergessen, dass das classische römische Recht in der That ein eigenartiges Rechtsinstitut des „precarium" kannte, verschieden vom Commodat und doch eine vertragsmäßige Leihe, ein Institut, welches ein freilich „räthselhaftes", „schlüpfriges" Dasein[3] auch im gemeinen Rechte fortführt. So erörtert man denn auch für das österreichische Civilrecht vor allem die Frage, ob das Precarium noch ein in seinen Wirkungen vom Commodat verschiedenes Obligationsverhältnis oder in diesem ganz aufgegangen sei.[4] Die Entscheidung für die dritte Alternative, dass nämlich das Precarium des § 974 überhaupt kein obligatorisches Rechtsgeschäft darstellt, bedarf daher eingehender Begründung.

Vorher ist aber noch Eines zu erwähnen. Bei dem Precarium wie dem Commodat handelt es sich um „Gebrauchsüberlassung".[5] In demselben Sinne wie von einem Commodat kann daher auch von einem Precarium von Rechten gesprochen werden — aber auch nur in demselben Sinne, wie dies oben (§ 27) dargelegt ist. Auch wo der Eigenthümer einen bestimmt abgegrenzten Gebrauch, oder wo ein anderer als der Eigenthümer einer Sache jemand deren Gebrauch

---

Ferrini p. 46 — allein für das neueste römische Recht kann ihm auch der Charakter eines obligatorischen Contracts nicht abgesprochen werden (s. Wächter I S. 441 f., Vangerow III S. 609 f., Bekker Recht des Besitzes S. 124 f., Randa S. 220 f., N. 26 gegen Schmidt S. 11 ff.); denn, mag es auch richtig sein, dass nicht überall aus der Gewährung einer actio praescriptis verbis (L. 2 § 2, L. 19 § 2 D. l. c.) auf einen Innominatcontract geschlossen werden darf (Ubbelohde S. 242 ff., Pernice, Parerga, Ztschr. d. Sav. Stift. IX S. 252 ff.), und dass jene actio pr. v. gar oft auf Interpolation beruht (Gradenwitz Interpolationen S. 123 ff., Eisele Ztsch. d. Sav. Stift. XI, S. 9), so zählt doch L. 23. D. de R. J. (wenigstens in ihrer Justinianischen Gestalt) das precarium ausdrücklich zu den Contracten.

[2] S. vorläufig Randa § 25 N. 11 und 14.

[3] Vgl. Savigny R. d. Besitzes (7. Aufl.) S. 463, Bekker l. c. S. 175, Ihering Besitzwille S. 390 f., Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 293.

[4] Wie das für das heutige gemeine Recht naturgemäß die Hauptfrage bildet; vgl. darüber Windscheid II § 376 N. 2, Dernburg P. II § 91, Wendt P. S. 593 f.

[5] Cf. L. 1 § 3 D. h. t. Eine arge Übertreibung seiner nicht ganz zu verwerfenden Ideen über das römische Precarium ist es, wenn Dankwardt S. 285 f., 299 N. 7 jeden Zusammenhang zwischen Commodat und Precarium leugnet (vgl. unten Note 7); s. dagegen Randa S. 139 N. 30.

gestattet, ist es thatsächlich die Sache, das Object seines Rechts, welches „zum Gebrauche überlassen" wird.[6] Eine wahre Rechtsverleihung liegt nur vor, wo einem Anderen durch (constitutive) Rechtsübertragung eine Nutzung gewährt wird, gerade in den Fällen also, welche schon außerhalb des Rahmens des Obligationsverhältnisses der Leihe, im Gebiete der Schenkung liegen.[7] Parallel mit der Frage nach dem Wesen der widerruflichen obligatorischen Zusage einer Gebrauchsgestattung geht daher die Frage nach der Natur einer constitutiven Übertragung eines (dinglichen) Gebrauchsrechts bis auf Widerruf durch den Besteller. Und, wer in ersterem Falle ein mit dem Leihvertrage des § 971 gleichartiges, von diesem aber durch die Besitzklage des Verleihers gegen den Entlehner abweichendes, Obligationsverhältnis erblickt, der muß sich darüber Rechenschaft geben, ob er analog im zweiten Falle ein wirkliches dingliches Recht begründet findet, welches nur vom Concedenten jederzeit im possessorischen Wege aufgehoben werden kann; in diesem Sinne müßte dann zwischen precarium rei und precarium juris unterschieden werden.[8] Ist es aber richtig, wie im folgenden darzuthun sein wird, daſs das Precarium des a. b. Gb. eben nur die Negation jedes Rechts- und Besitzerwerbs auf Seite des Empfängers bedeutet, so ist es füglich gleichgiltig, ob man sich dabei als negiert denkt einen obligatorischen Anspruch oder einen dinglichen Rechtserwerb des Precaristen. Schon hier kann jedoch als Unterstützung eben dieser Anschauung angeführt werden, daſs das a. b. Gb. in der That, so wie es im § 974 der Gebrauchsüberlassung bis auf willkürlichen Widerruf jede obligationenrechtliche Bedeutung abspricht, so an anderer

[6] Wenn man hier von Precarium des Rechts spricht, so handelt es sich nur um die Bezeichnung des Umfangs der Gebrauchsüberlassung; vgl. Bekker l. c. S. 136, Meyerfeld Lehre v. d. Schenkung. I S. 66. S. oben S. 204 f. und über die Leihe von „Immaterialgütern" S. 208.

[7] S. oben S. 202 f. Nach der eigenthümlichen Auffassung Dankwardt's S. 295 ff. (anders freilich S. 308) wäre jedes Precarium eine solche Rechtsbegründung. Nur consequent daher, daſs er das Precarium stets nur mit der Schenkung, nicht mit dem Commodat in Parallele stellt.

[8] Nicht bloß die ältere Doctrin bezüglich des „precarium juris" in den römischen Quellen (vgl. etwa Bulling S. 9, Heimbach Rechtslex. V S. 656, Dücker S. 7 und oben § 27 N. 22), sondern auch Randa S. 141, S. 568 ff. läßt diese Frage im Unklaren; soll in der That bei Bestellung einer Servitut bis auf Widerruf (wie in dem Falle Slg. 7410) bevor dieser erfolgt eine wahre Servitut als dingliches Recht bestehen, gleichwohl aber dem Besteller jederzeit die Besitzklage des § 346 zur Beseitigung derselben gewährt sein? Nicht deutlich auch Ubbelohde S. 266 N. 98a, Pfersche S. 169 N. 7, während Vangerow l. c. S. 610 f. scharf die Bestellung einer Servitut auf Widerruf von der precaristischen Gestattung servitutartigen Gebrauches trennt. Vgl. noch unten S. 279 f.

Stelle, im § 479, den „blos auf Widerrufen zugestandenen Begünstigungen", die „ordentlicher Weise" den Inhalt einer Servitut bilden könnten, die dingliche Wirkung versagt, indem es dieselben den sog. „unregelmäßigen" Dienstbarkeiten als „Schein-Servituten" entgegenstellt (Marg. Rubr. § 479).[9]

a) Gedankenmäßig läßt sich für die (unentgeltliche) Überlassung des Gebrauches einer Sache nachstehende Stufenfolge bilden:

I. Die obligatorische[10] Überlassung des Gebrauches für bestimmte Zeit oder bestimmten Zweck — der Leihvertrag (Commodat) im technischen Sinne.

II. Die Gestattung des Gebrauches ohne die Absicht, irgend einen auch nur zeitweiligen Rechtsanspruch einzuräumen; der Berechtigte macht lediglich gegenüber den Gebrauchsacten eines anderen augenblicklich von seiner Befugnis, dieselben zu verbieten, keinen Gebrauch.[11]

III. Inmitten dieser beiden Fälle läge die obligatorische Einräumung eines Gebrauchsrechts bis auf Widerruf[12] — von dem II. verschieden dadurch, daß der Empfänger ein Recht auf den Gebrauch haben, von dem I. dadurch, daß dies Recht keine objectiv bestimmte Dauer besitzen, sondern nach dem freien Willen des Gebers erlöschen soll.

---

[9] Daß § 479 so zu verstehen ist, dürfte gewiß sein, trotz Zeiller II S. 299 (dem Nippel III S. 568 f. folgt); die Entwürfe des a. b. Gb., Wg. Gb. II § 264, Entw. Martini II, 9 § 12 sagten ja geradezu, es entstehe „nicht einmal eine persönliche Servitut" (zweifelhaft dagegen ist neuestens die Auffassung der „Scheinservitut" in dem Commassationsgesetze vom 7. Juni 1883, R. G. B. 92 § 16). So denn auch die Mehrzahl unserer Schriftsteller: Winiwarter II S. 294, Stubenrauch I, S. 641, Krainz II § 257, Ofner Sachenr. S. 102 Randa S. 572 scheint allerdings die „Scheinservitut" des § 479 als identisch aufzufassen mit dem Obligationsverhältnisse des § 974.

[10] Dieselbe Stufenleiter ergibt sich auch, wenn man von der Einräumung eines Gebrauchs durch constitutive Rechtsübertragung, bezw. Schenkung (oben S. 202) ausgeht. An dieser Stelle braucht darauf schon deshalb nicht weiter eingegangen zu werden, weil es sich hier um die Abgrenzung des Precariums gegen das Obligationsverhältnis des Commodats handelt. Überdies aber ist, wie schon im Texte bemerkt, die Trennung der obligationenrechtlichen Gestattung und der dinglichen Übertragung des Rechts des Gebrauches für die Stufen ad I und III von größter Bedeutung (vgl. oben N. 8), ad II gelangt man aber natürlich von beiden Ausgangspunkten zu demselben Ziele, der Negation jeder Rechtswirkung.

[11] Vgl. den Gegensatz zwischen L. 17 § 3 D. commod. 13, 6 und L. 8 § 3 D. h. t.; Schmidt S. 151 f.

[12] Eine Rechtseinräumung unter der Resolutivbedingung „quamdiu volam", im Gegensatze zur suspensiven („si volam"), ist — Unger Jahrb. f. d. Dogm. XXV S. 336 f. — nicht sinnwidrig, in den Quellen anerkannt (L 4 pr. D. de servit. 8, 1) und bei verschiedenartigen Geschäften angewendet; vgl. Bekker R. d. Besitzes S. 178, dann z. B. über die Miethe Geller in Grünhuts Ztschr. V S. 318 f.

Was die praktischen Consequenzen dieser Unterscheidung betrifft, so liegt das Hauptinteresse — ein Blick auf die Literatur des „Precarium" lehrt dies — nicht so sehr auf dem Gebiete der obligatorischen Haftung des Empfängers, als auf dem des Besitzrechts.[12] Für den

I. Fall ist schon ausführlich dargestellt: der Entlehner genießt, im modernen Rechte wenigstens, Besitzschutz (er hat nach österreichischen Rechte Rechtsbesitz) nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen den Verleiher, und zwar auch noch nach abgelaufener Leihefrist;[13] der Verleiher kann die Sache nur im petitorischen Wege zurückfordern. In dem

II. Fall ist klar, daſs dem Empfänger weder Sach- noch Rechtsbesitz übertragen wird; er ist weder gegen Dritte noch gegen den Geber possessorisch geschützt — soferne nicht etwa ein positives Recht jedem bloßen Inhaber Besitzschutz gewähren würde — und wenn er hinterher ohne Rücksicht auf jene unverbindliche Übergabe der Detention gegen den Willen des Gebers durch Besitzacte den „Willen, die Sache für sich zu behalten", darthut, so liegt darin eine eigenmächtige Besitzergreifung, bezw. eine Besitzentsetzung des Gebers, gegen welche dieser durch die Besitzklage reagieren kann. In dem

III. Fall erscheint der Empfänger bis zum Widerruf, wenn nicht als Sachbesitzer, so doch als Rechtsbesitzer; es stehen ihm also gewiſs die Besitzklagen gegen Dritte zu, ob auch gegen den Geber, das wird allerdings davon abhängen, ob das positive Recht seinen (Sach- oder Rechts-)Besitz vermöge des Vorbehaltes der Widerruflichkeit als „vitiös" behandelt oder nicht, eine Frage, auf die unten zurückzukommen ist. Gewiſs aber ist so viel. Wird dem Empfänger Besitzschutz auch wider den Geber zugesprochen, letzterer also bezüglich der Rückforderung auf die petitorischen Klagen beschränkt, dann verschwindet für ein Rechtssystem, welches dem Commodatar Besitz und Besitzschutz zuschreibt, jedes praktische Interesse an der Unterscheidung dieses von obigem I. Falle. Es läge einfach ein Commodat vor ohne Bestimmung einer Frist für die Rückgabe. Beides als verschiedene Rechtsinstitute zu betrachten wäre ebenso wenig begründet, wie wenn man etwa das Darlehen mit und ohne dies in dieser Weise trennen wollte. Wird aber in diesem III. Falle dem Empfänger der Besitzschutz gegen den Geber versagt, und um-

---

[12] Immerhin kommen auch andere Punkte in Betracht; vgl. unten § 37 Zus. 1.

[13] S. oben S. 222.

gekehrt diesem gegen jenen eine Besitzklage zur Rückerlangung des Gegebenen gewährt, dann hebt sich, wenigstens theoretisch, der Fall in seinen Rechtswirkungen sowohl von dem I. als dem II. scharf ab — von dem I. durch die Besitzklage des Gebers gegen den Empfänger, von dem II. durch die Besitzklagen des Empfängers gegen Dritte.

Das römische precarium trägt nun zweifellos die Gestalt nicht unseres II. sondern unseres III. Falles an sich. Der römische Precarist ist als juristischer Besitzer der Sache (kraft „abgeleiteten" Besitzes) possessorisch geschützt gegen dritte Personen. Dem Geber gegenüber ist jedoch sein Besitz vitiös, und dieser kann mit der Besitzklage,[14] interdictum de precario, seinen Besitz jederzeit wieder zurückfordern. Gewiss lag gerade hierin das praktische Interesse, das „Zweckmoment" des precarium gegenüber dem Commodat.[15] Allerdings aber bedeutete dies, wie schon hier bemerkt werden muss, für das römische Recht, welches dem Commodatar jeden Besitzschutz versagte, offenbar einen ganz anderen Gegensatz, als für ein modernes Recht, welches auch den Entlehner als Rechtsbesitzer, oder „unvollständigen" Sachbesitzer, schützt. Dort ist der springende Punkt die Gewährung des Besitzschutzes des Precaristen gegen Dritte, hier wäre es die Versagung des Besitzschutzes gegen den Geber. Schon dies sollte genügen, um vor jeder voreiligen Anknüpfung an das römische Recht im Gebiete des Precariums zu warnen.[16]

---

[14] Das interd. de precario, lediglich auf dem „precario habere", also auf der „injusta possessio" des Precaristen beruhend, muss, wenigstens seiner ursprünglichen Bedeutung nach, doch wohl als possessorisches Rechtsmittel gelten (vgl. Bekker l. c. S. 138 f., Windscheid I § 160 N. 17, Brinz P. I S. 752 f.), trotz der Bedenken von Jhering Grund d. Besitzschutzes S. 97 ff., Bruns Besitzklagen S. 180 ff., Meischeider Besitz u. Besitzschutz S. 468, Pflüger Besitzklagen S. 152 ff., u. A.

[15] Vgl. Jhering Besitzwille S. 368, 389 f., Wendt, Faustr. S. 181; über die einzelnen Anwendungen s. unten § 37 Zus. 2. — Die echten römischen Precariumsfälle — im Gegensatze zu späteren anomalen Anwendungen des Institutes, wie das „Detentionsprecarium" (Ubbelohde S. 237, Dernburg Jurist. Besitz S. 63) oder das befristete (Ubbelohde S. 233 f.), waren solche, wo der Widerruf als das unwahrscheinliche, als der normale Verlauf vielmehr dauernde eigenthumsgleiche Nutzung des Precaristen erschien (dies hat treffend schon Unterholzner II S. 563 f. bemerkt); daher musste man ihm (vgl. unten S. 277) juristischen Besitz zuschreiben und ist es nicht ohne Grund, wenn moderne Theoretiker bei dem römischen Precaristen „animus domini" finden wollen (vgl. Schmidt S. 20 ff, Ubbelohde S. 236, Dankwardt S. 303 f., auch Pininski Sachbesitzerwerb II S. 270 f.). Andererseits galt sein Besitz gegenüber dem Concedenten, der sich freien Widerruf vorbehalten hatte, u. zw. von Anfang an (vgl. Vangerow P. III S. 609, Bulling S. 36, Randa S. 222 N. 29 gegen Savigny l. c. S. 174, Wächter S. 442), als mangelhaft, und deshalb schutzlos.

[16] S. auch Dernburg Pr. R. II S. 494 f. N. 6. Mit Recht ist gesagt worden (Baron Jahrb. f. Dogm. XXIX

b) Hat nun das Precarium (Bittleihen) des a. b. Gb. dieselbe Natur? So wird von gewichtigen Stimmen, als deren Wortführer hier Randa betrachtet werden darf, in der That behauptet. Nach Randa[17] ist das precarium des § 974 „gleich dem Commodat ein Realcontract", wenngleich im Gegensatze zu diesem „streng einseitig" verbindlich. Der Precarist ist „als Rechtsbesitzer Dritten (nur nicht dem Concedenten) gegenüber possessorisch geschützt". Wenn er jedoch die Sache „wie seine eigene zu gebrauchen beginnt . . . . bez. das Recht trotz Widerruf ausübt, so wird er zwar Sachbesitzer, bez. bleibt Rechtsbesitzer, aber sein Besitz ist unecht (§§ 345, 346)", daher steht dem Geber die Besitzklage zu, und in letzterem Punkte unterscheidet sich der Precarist vom Commodatar, gegen welchen der Verleiher auch nach Ablauf der Zeit nicht possessorisch klagen kann. Nur missbräuchlich, meint Randa, reden Praxis und Commentare von „precarium" mit Bezug auf ein ganz anderes Verhältnis, nämlich den „bloßen Gefälligkeitsgebrauch", bei welchem (§ 313) jede Absicht eines Rechtsgebrauches fehlt, daher auch kein Rechtsbesitz erworben wird — mit anderen Worten in dem oben unter a) erörterten II. Falle.

Wie sich ein so gestaltetes, d. i. das römische precarium,[18] im österreichischen Rechte praktisch ausnehmen würde, davon wird unten (§ 37) die Rede sein. An dieser Stelle soll zunächst nur der Bedenken gedacht werden, welche sich schon vom Standpunkte der Gesetzesauslegung gegen diese Theorie aufdrängen.

α. § 974 wäre nach Randa's Auffassung höchst unglücklich gerathen. Während er besagt, dass im Falle des Precarium „kein wahrer Vertrag" entstehe, soll dennoch ein Vertrag vorliegen, wenn auch ein nur einseitig (für den Entlehner) verpflichtender. Die Worte „kein wahrer Vertrag" wären nur der, noch dazu ganz unrichtige, Ausdruck für das, was gleich darauf gut und deutlich gesagt ist, dass nämlich der Verleiher die „Sache nach Willkür zurückfordern"

S. 221, dass das römische Precarium „viel lebensvoller als das Commodat war", und ebenso richtig bemerkt Bähr Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 297, heutzutage den „Precaristen als bevorzugten Besitzer aufzuführen, ist nach dem Begriffe, den wir uns von diesem Manne zu machen imstande sind, völlig ohne Sinn".

[17] Randa S. 220 ff., S. 567 ff. In der Hauptsache, der Auffassung des § 974 und seines Verhältnisses zu § 313, steht auch Pfersche S. 167 ff. auf demselben Standpunkte wie Randa; die folgenden Ausführungen zu α und γ gelten daher auch gegen ihn, während Pf. allerdings dem unter β angeführten Bedenken (s. unten N. 22) ausweicht. Weitere österreichische Literatur s. unten N. 29.

[18] Dass nach seiner Ansicht das Precarium des österr. gleich ist dem des röm. Rechts, sagt Randa S. 567 N. 10 ausdrücklich.

könne. Mag es nun auch im a. b. Gb. an ungenauen Wendungen nicht fehlen, so ist doch nicht leichthin anzunehmen, dass ein derart falscher Ausdruck dem dispositiven Theil einer Gesetzesstelle ganz überflüssiger Weise hinzugefügt sei. Und die Erklärung dafür soll darin liegen, dass die Verfasser des a. b. Gb. einer „Reminiscenz" aus dem römischen Rechte Raum gaben,[19] welches in älterer Zeit das precarium nicht als Contract auffaßte — eine Reminiscenz also aus der vorclassischen Zeit und nicht[20] einmal ein Anklang an das neueste römische oder das gemeine Recht, für welches gerade die zur Zeit der Abfassung unseres Gb. einflußreichen Schriftsteller gar nicht an der Vertragsnatur des Precariums zweifelten![21]

β. Nach Randa's Auffassung hat der Precarist, wie der Commodatar, Rechtsbesitz, aber durch den Widerruf des Concedenten wird sein Besitz „unecht" (§ 345), daher steht dem Geber zur Rückerlangung des Lehnstückes die Besitzklage des § 346 zu. Allein diese Besitzklage wäre — wie Randa selbst zugesteht[22] — durchaus anomaler Natur. Indem der Precarist trotz des Widerrufes die Rückgabe verzögert, setzt er nach dieser Lehre nur den Rechtsbesitz fort, welchen er durch die Überlassung der Sache seitens des Gebers erworben hatte. Seine „Anmaßung" besteht nicht in der Entziehung, sondern lediglich in der Fortsetzung des Besitzes,[23] eines Besitzes, welcher anfangs und bis zu jenem Widerruf rechtmäßig und fehlerlos

---

[19] Randa S. 220 N. 26.

[20] S. oben N. 1.

[21] Vgl. z. B. Höpfner Comm. z. d. Heineccischen Inst. § 771, Thibaut Syst. § 898 und die Citt. bei Bulling S. 71. Über das preußische L. R., auf welches sich Randa S. 567 N. 10 beruft, s. unten S. 270 f.; das sächsische b. Gb. § 1181 aber, welches allerdings das Precarium zu einer bloßen Unterart des Commodates gemacht hat (s. Wächter S. 444), lautet doch ganz anders als unser § 974.

[22] Randa S. 223 f. Pfersche S. 168 trägt deshalb Bedenken, in diesem Punkte Randa zu folgen. Nach der eigenthümlichen Auffassung Canstein's Grünhuts Zeitschrift VI S. 135 ff. (vgl. oben § 30 N. 21), nach welcher jeder Rechtsbesitz mit der dem Rechte gesetzten Zeitgrenze erlöschen soll, so dass die thatsächliche Fortsetzung desselben sich als neuer, u. zw. eigenmächtiger Besitzerwerb darstellt, wäre diese Besitzklage allerdings gar nicht anomal.

[23] Und doch erscheinen die drei „vitia possessionis", auf welchen die Besitzklage des § 346 beruht, als Fehler des Besitzerwerbs (so jetzt auch Ofner Sachenr. S. 33). So wie dies von den beiden Fehlern des „vi" und „clam" sicher ist, so steht es, trotz der Wendung in § 345 — „wenn jemand das, was man ihm aus Gefälligkeit . . . gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht, so wird der Besitz unecht" — auch mit dem „precario habere". Abgesehen davon, dass der eben angeführte Satz des § 345 sich auch auf das „vi et clam possidere" bezieht, also die 3 Fälle gleichstellt, zeigt die Ausdrucksweise des § 1464 („wer eine Sache bittweise besitzt") und des § 372 („die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist") ebenso wie das Reg. s. v. „Bitte", dass es sich auch beim Pre-

war.[24] Dem Geber des Precarium gegen ihn die Besitzklage des § 346 zusprechen, bedeutet also von diesem Standpunkte die Anerkennung einer Besitzentsetzungsklage nicht gegen den Erwerb, sondern gegen die Fortsetzung des Besitzes, oder einer Besitzklage auf Grund eines „vitium", welches nicht dem Besitzerwerbe anhaftet![25]

γ. Endlich § 313 soll nach Randa's Auffassung dem, was er precaristischen Rechtsbesitz nennt, nicht entgegenstehen. Aus § 313 folge nur, dass durch den sog. usus ex jure permissionis oder familiaritatis kein Rechtsbesitz begründet werde, d. i. durch einen einzelnen Gebrauchsact an fremder Sache, oder eine einzelne Inanspruchnahme fremder Hilfleistung ohne die Absicht, dies „als oder wie ein Recht" zu fordern, (ohne „Besitzwillen") in der bloßen Voraussetzung, dass der andere aus Freundschaft, Gefälligkeit u. dergl. „nichts dagegen haben" werde. Gewiss enthält § 313 diesen Satz in Bezug auf den Erwerb des Besitzes von sog. „affirmativen" und „negativen" Rechten. Allein soll das in der That ein ganz anderer Fall sein, als der, in welchem auch Randa von „Precarium" spricht? Auch dem „Precaristen" in seinem Sinne ist der einzelne Gebrauchsact nur aus Gefälligkeit concediert, ohne jede Verbindlichkeit für den Concedenten; auch seinem „Precaristen" kann also schon der nächste Gebrauchsact wieder verwehrt werden. Der ganze Unterschied könnte füglich nur darin gesucht werden, dass ihm wahrscheinlich durch etwas längere Zeit, also etwas zahlreichere, Gebrauchsacte werden gestattet werden; aber eine rechtliche Aussicht oder Absicht auf Fortdauer des Verhältnisses hat auch Randa's Precarist nicht. Auf diese allzufeine Unterscheidung einzugehen, bietet der Wortlaut des § 313 keinen Anlass;[26] und auch dem Leben dürfte sie nicht

carium um fehlerhaften Erwerb des Besitzes handelt.

[24] Insoferne der Precarist sich nachträglich Sachbesitz anmaßt (Randa S. 222 N. 29), wäre dies allerdings eine neue, u. zw. eigenmächtige Besitzergreifung, da er nach österreichischem Recht jedenfalls durch das Precarium nicht wie der römische Precarist Sachbesitz erlangt hatte. Natürlich aber würde der Precarist sich dem Concedenten gegenüber kluger Weise stets nur auf seinen Rechtsbesitz berufen, so dass praktisch nur dieser, also die Fortsetzung seines Besitzes in Frage kommt.

[25] So Randa S. 222 (vgl. S. 136 N. 27). Keine solche Anomalie zeigte das römische Precarium; denn aus L. 8 § 7 D. h. t. geht deutlich hervor, dass das Interdict schon durch die Hingabe precario begründet, der Besitz des Precaristen also von Anfang an als mangelhaft betrachtet war (s. nur Bekker l. c. S. 133 ff., Ferrini p. 47), wenngleich (Bruns l. c. S. 183, Randa S. 143 N. 41) zuzugeben ist, dass diese Mangelhaftigkeit hier anders geartet erscheint als bei Besitzergreifung vi oder clam, sowie auch die Frage hier nicht untersucht werden kann, wie die römischen Juristen sich den Besitz des Concedenten fortdauernd dachten; s. darüber Dücker S. 15 ff.

[26] Man beachte nur, dass in § 345

fühlbar genug werden,[27] um darauf eine praktisch so wichtige Verschiedenheit der Rechtsfolgen aufzubauen, wie es die Gewährung oder Versagung des Besitzschutzes für den Verleiher bedeuten würde.

So wird die von Randa vertretene Theorie weder dem § 974 noch den §§ 313 und 345 f. gerecht. Und doch ergeben diese Gesetzesstellen bei unbefangener Auffassung ein völlig harmonisches Bild.

§ 974 erklärt, das „Precarium" sei „kein wahrer Vertrag". Aus dem Titel des Vertrages also erwächst weder dem Geber noch dem Empfänger ein Recht oder eine Pflicht; die Übergabe einer Sache „precario" bedeutet nicht die Übertragung eines über den Moment „fortdauernden" Gebrauchsrechtes.[28] Daraus folgt — im Einklange mit § 313 —, dass der Precarist durch diese Übergabe auch keinen Rechtsbesitz erlangt.[29] Seine Inhabung beruht, wie § 974 beifügt, blos auf „unverbindlichem Bittleihen". Wenn er nun hinterher gegen den Willen des Gebers „das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht", so setzt er sich jetzt, und das eigenmächtig, in den Besitz von Sache oder Gebrauchsrecht, aber dieser sein Besitz ist fehlerhaft, „unecht" (§ 345) und deshalb kann er ihm von jenem, nöthigenfalls mittelst der Besitzklage des § 346, abgenommen werden.[30] Nicht das also

---

wie, noch deutlicher, Pr. L. R. I, 7 § 106) gerade der precaristische Besitz als „Gefälligkeitsgebrauch" charakterisiert ist, sowie dass das Register des a. b. Gb. s. v. „Gefälligkeit" auf „Bittleihen" verweist; die Identificierung beider in der Praxis beruht also nicht, wie Randa S. 571 N. 14 meint, auf einer „Verwechslung" sondern auf dem Gesetze.

[27] Vgl. dazu unten S. 278 f.

[28] Dass das „unverbindliche Bittleihen" des §. 974 so zu paraphrasieren ist, lehrt ein Blick auf § 345, wo das Precarium (s. dazu unten N. 30) als eine Gestattung „ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen" bezeichnet und dann von dem Versuche des Precaristen, daraus ein „fortwährendes Recht" zu machen, gesprochen ist. Und dass § 313 einen Rechtsbesitz nur bei der Absicht „fortdauernder" Ausübung erworben sein lässt, zeigen, wenn es überhaupt bestritten wäre, Pr. L. R. I, 7 §§ 80, 82, welche die Regeln des § 313 in ausführlicherer Fassung darstellen. Vgl. auch Zeiller II S. 46 und bei Ofner I S. 240.

[29] So auch Bachmann Verjährung S. 100 f., David, G. Z. 1876 S. 310, Krainz I S. 477, wie es scheint auch Winiwarter IV S. 173 (vgl. auch Pratobevera's Materialien VII S. 147) und Ofner l. c. S. 28 u. 33; dagegen nehmen, wie Randa, Besitz des Precaristen an Canstein l. c. S. 139 f., Stubenrauch II S. 166, wohl auch Burckhard III S. 73, Zeiller III S. 216 (vgl. II S. 97), Nippel VI S. 304 f. und Pfersche l. c. In der Praxis überwiegt entschieden erstere Ansicht, vgl. Slg. 2107, 2223, 2969, 4138, 7555, 12544 (zweifelhaft Slg. 11403) und neuestens besonders Slg. 12872.

[30] Dass der eine Fall des „unechten Besitzes" in § 345 mit dem „Precarium" des § 974 identisch ist, wird nicht be-

ist der Gedankengang des § 974: weil hier vertragsmäßig beliebige Rückforderung der entlehnten Sache bedungen ist, steht dem Verleiher trotz des Rechtsbesitzes des Entlehners gegen diesen die Besitzklage zu; sondern umgekehrt: weil hier gar kein Vertrag und daher gar kein Rechtsbesitz des Empfängers durch die Übergabe der Sache entsteht, kann der Geber die Sache jederzeit nach Willkür zurücknehmen.[31]

Das Gesagte findet volle Bestätigung — mehr als durch die „Materialien" zu § 974[32] — in dem Vergleiche mit dem preußischen Landrechte, welches hier, wie so oft, das Vorbild des a. b. Gb. gewesen ist.[33] Pr. L. R. I, 21 § 231 und § 232, die dem § 974 a. b. Gb. entsprechen, lauten: „Ist weder die Art und der Zweck des Gebrauches, noch die Dauer desselben bestimmt; so ist derjenige, welchem der Gebrauch eingeräumt worden, für einen bloßen Inhaber zu achten." — „Er ist also die Sache, auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden, zu allen Zeiten zurückzugeben schuldig." Ganz so, wie dies oben von § 974 behauptet ist, aber viel augenfälliger, erscheint hier als die entscheidende Norm die, dass der Precarist weder Rechts- noch (unvollständigen) Sachbesitz habe,[34] und daraus die Folgerung gezogen, dass der Concedent nach Willkür

zweifelt (vgl. auch Randa S. 222); zum Überfluss stellt auch das Reg. des a. b. Gb. s. v. „Gefälligkeit" die „Bitte" (§ 345) und das „Bittleihen" (§ 974) zusammen. Im Pr. L. R. I, 7 § 106, welcher (diesem Theile des) § 345 entspricht (vgl. unten N. 34), fehlt auch die Marginalrubrik „Precarium" nicht.

[31] S. auch Reg. v. „Bittleihen": „ohne Bestimmung der Dauer kann willkürlich zurückgenommen werden". Richtig (für das heutige Precarium) so auch Schmidt S. 18 N. 13: „Die Widerruflichkeit ist nicht sowohl ein Requisit, als vielmehr eine natürliche Folge des Precarium."

[32] Die „Protocolle" (Ofner II S. 36 f.) sind hier wieder einmal sehr dürftig. Immerhin deuten Bemerkungen, wie bei Ofner II S. 60, I S. 240, darauf hin, dass man „unverbindliche" Gestattung und „Vertrag" als unvereinbare Gegensätze ansah.

[33] S. neuestens über das Verhältnis des a. b. Gb. zum Pr. L. R. Saxl J. Bl. 1893 N. 1—4. Gerade in der Besitzlehre folgten die Codificatoren aber nicht kritiklos dem Pr. L. R.; s. Pfaff-Hofmann Exc. I S. 78.

[34] Das a. b. Gb. konnte sich nicht so bündig ausdrücken, wie Pr. L. R. l. c. § 231. Nach letzterem hindern die „vitia possessionis" schlechthin den Besitzerwerb (Pr. L. R. I, 7 §§ 96 ff., § 122, dazu Fischer S. 171); daher erwirbt der Precarist des preußischen Rechts nicht bloß durch die Übergabe keinen Besitz, sondern kann ihn auch durch Anmaßung nicht erwerben. Das a. b. Gb. hingegen läßt auch vi, clam, precario Besitz erlangen, wenngleich in Erinnerung an jene — für den Rechtsbesitz auch im Cod. Ther. II 24 Nr. 48 enthaltene — Theorie des Pr. L. R. dieser Besitz nicht als „echt" gilt (vgl. Bruns Besitz im Mittelalter S. 458, Dernburg Pr. R. I S. 357, N. 6). Daher war im § 974 nur festzustellen, dass durch die Übergabe precario der Empfänger keinen Rechtsbesitz erlange, und dies bezweckte die Formel, dass darin „kein wahrer Vertrag" liege (vgl. die folgende Note).

zurückfordern dürfe. Die zweifelhafte Wendung, es entstehe „kein wahrer Vertrag" hat das Pr. L. R. vermieden.[35] Aber wenn es noch eines Beweises bedürfte, dass auch den Vorschriften des Landrechts der Gedanke zu Grunde liege, das Precarium sei „nullum negotium",[36] dass also auch in § 974 a. b. Gb. der Ausdruck „kein Vertrag" ernst zu nehmen sei, so läge er darin, dass das Precarium im Pr. L. R. (s. § 233 l. c.) auf eine Linie gestellt wird mit Fällen eines wegen Formmangels ungiltigen Commodates.

§ 37.

2. Das Bittleihen (Precarium) des a. b. Gb. ist also nur gleichsam juristisch-negativ charakterisiert: eine Gebrauchsgestattung **ohne Vertragswirkung**, ohne Besitzübertragung, kurz „nullum negotium".[1]

Wann liegt nun im Gegensatze zum rechtswirksamen Leihvertrage der Thatbestand dieses Precariums vor?

Die Antwort auf diese Frage ertheilt § 974 dahin: wenn „weder die Dauer noch die Absicht des Gebrauches bestimmt" ist. Die volle Wirkung des Leihvertrages tritt also ein vor allem bei bestimmter „Absicht des Gebrauches"; damit meint das Gesetz, wie § 973[2] zeigt, die Hingabe zu einem ganz concreten Gebrauch, welcher seinem Zwecke nach sich in einer gewissen Zeit vollzieht, somit indirekt eine Zeitgrenze enthält.

Ein Leihvertrag liegt weiters vor, wenn „die Dauer des

---

[35] Der Cod. Ther. III, 5 Nr. 15 und Entw. Horten III 5 § 7 enthielten diese Wendung noch nicht; da erscheint das Precarium in der That lediglich als Unterart des Commodats. Andererseits gedachten sie an der dem § 313 a. b. Gb. entsprechenden Stelle (Cod. Ther. II 24 Nr. 48, Entw. Horten II 21 § 7) als Hindernis des Rechtsbesitzerwerbs nur der Qualificierung als usus „ex jure familiaritatis". Eine auf die „vitia possessionis" basierte Besitzklage kannten diese Entwürfe noch nicht. Erst der Entw. Martini II, 2 § 36 schuf die Fälle des „unechten Besitzes", darunter den des „precarium" und beseitigte völlig jene oben (N. 34) erwähnte Lehre, wonach das „vitium" den Besitzerwerb hinderte (II, 2 § 5 = § 313 a. b. Gb.); und nun hielt man es consequent für nothwendig, in dem von der Leihe handelnden Hauptstücke (III, 3 § 11) ausdrücklich hervorzuheben, dass durch die Übergabe precario kein „fortdauerndes" Recht, und somit kein Rechtsbesitz begründet werde, weil darin gar „kein wahrer Vertrag" liege. Ebenso formulierte dann Wg. Gb. III § 84.

[36] So Förster-Eccius II S. 204 f. N. 47, Koch R. d. Fordg. III S. 438. — Anders Dernburg Pr. R. II S. 495, Fischer S. 429.

[1] Ein entgeltliches „Precarium" im technischen Sinne kann es daher nicht geben. Vgl. für das gemeine Recht Bulling S. 17, Ubbelohde S. 232.

[2] Nur auf solche Fälle passt die Bestimmung des § 973, der Entlehner habe „mit dem Gebrauche nicht zu zögern". — Mit Unrecht aber erblickt Ferrini p. 50 ss. nur in der Gebrauchsbestimmung „per uno scopo determinato" das unterscheidende Merkmal des commodatum gegenüber dem precarium.

Gebrauches bestimmt" ist. Auf den ersten Blick möchte man geneigt sein, darunter nur die direkte Festsetzung eines Endtermines für das Gebrauchsrecht zu verstehen. Dann würde jede Gebrauchsüberlassung, die nicht zu einem concreten Zwecke oder bis zu einem vertragsmäßigen dies erfolgte, nach § 974 nicht mehr Commodat, sondern Precarium, „nullum negotium" sein. Gerade die dauernde Überlassung des beliebigen Gebrauches ohne feste Zeitgrenze fiele unter den Begriff des „Precarium" und vermöchte dem Empfänger nicht einmal den Besitzschutz zu verschaffen — für zahllose Fälle gewiss im schreienden Widerspruche mit der Auffassung des Lebens. Eben dies Bedenken dürfte denn auch die stärkste Wurzel jener Lehre sein, welche zwischen dem vollwirksamen Commodat und der gänzlich wirkungslosen Gebrauchsduldung unter dem Namen Precarium ein drittes sucht,[3] einen Vertrag, welcher Gebrauchsrecht und Rechtsbesitz auf den Entlehner übertragen, aber wegen seiner zeitlichen Unbestimmtheit dem Geber den Besitzschutz gegen den Empfänger vorbehalten soll.

Allein, das a. b. Gb. will die Grenze zwischen Commodat und „unverbindlichem Bittleihen" nicht in so mechanischer Art ziehen. Wenn § 974 von „bestimmter Dauer", § 971 von „bestimmter Zeit" spricht, so ist damit nicht die Festsetzung eines festen Endtermines gemeint, so wenig wie das § 983 für das Darlehen beabsichtigt, wenn er Verabredung der Rückgabe nach „einer gewissen Zeit" verlangt.[4] Alles Gewicht liegt vielmehr nur darauf, dass nach der Absicht der Parteien (der causa der Hingabe) überhaupt ein dauerndes, ein „fortwährendes" (§ 345) Gebrauchsrecht eingeräumt werden will, mehr also als die bloße Duldung des einzelnen Gebrauchsactes. Trifft ersteres zu, dann treten die Rechtsfolgen des Leihvertrages ein, während im zweiten Falle keinerlei Rechtswirkung — ein bloßes Precarium — als beabsichtigt gilt.

Ja, auch der Vorbehalt des Widerrufes des Gebers ist nicht unvereinbar mit „dauerndem" Gebrauchsrechte des Empfängers und mit dem Wesen des Commodates im Sinne des a. b. Gb.; Beweis dessen § 976, welcher selbst bei vertragsmäßig festgesetztem Endtermin der Leihe die Verabredung für zulässig erklärt, dass der Verleiher

[3] Die Verfechter des Fortbestandes des römischen Precarium bezeichnen gerade derartige widerrufliche, aber doch dauernde Besitzüberlassung als den praktischen Fall; vgl. Dernburg P. I § 173 N. 2, Dankwardt S. 320 f.

[4] Vgl. oben § 2 N. 4 und § 16.

im Falle eigenen Bedarfes die Sache auch früher zurückfordern dürfe.[5] Umsomehr muss daher die Überlassung zum Gebrauche auf unbegrenzte Dauer mit Vorbehalt des Widerrufs des Gebers möglich sein, und auch dies noch unter den Begriff des Commodats fallen. Damit ist freilich gesagt, dass auch in diesem Falle die Normen des Leihvertrages voll zur Anwendung gelangen, dass also insbesondere dem Entlehner nicht blos gegen dritte, sondern auch gegen den Verleiher Rechtsbesitz und Besitzschutz zu Gute kommt, und dass eigenmächtige Entsetzung des ersteren durch den letzteren auch nach erfolgtem Widerrufe ausgeschlossen ist. Für jenes Mittelding, welches Randa's Theorie postuliert, lässt unser Gesetz keinen Raum. Und in der That dürfte, wenn nur die Scheidung zwischen dem Leihvertrage und dem Bittleihen des § 974 so, wie hier, festgehalten wird, dem praktischen Bedürfnisse Genüge geschehen. Das alte römische Precarium ist nicht nur dem Gesetze unbekannt, sondern auch die **Praktikabilität des römischen precarium** ist im Zusammenhange unseres heutigen, österreichischen Rechtssystems verloren gegangen. Zusatz 2

Zusatz 1. Das Precarium als eine Gebrauchsgestattung **ohne Vertragswirkung** bedarf, ja gestattet begrifflich keine Darstellung nach seinen „Voraussetzungen" und „Wirkungen". Nur, um die praktische Bedeutung dieser negativen Charakteristik ins rechte Licht zu rücken, sind zusatzweise noch einzelne Punkte hervorzuheben. — 1. Hat der Geber eines Precariums gegen den Precaristen, neben der Klage aus dem Eigenthum oder seinem etwaigen sonstigen dinglichen Rechte und neben der Besitzklage, nicht dennoch eine obligatorische, insbesondere eine Vertragsklage auf Rückgabe des Lehnstückes? Kommt der Frage für unser Recht auch nicht die formale Bedeutung zu, wie für das classische römische Recht der Frage, ob außer dem interdictum de precario eine actio ex contractu gegeben werden könne, so wird sie doch praktisch von Belang in doppelter Richtung. Es handelt sich einmal darum, ob der Geber, welcher etwa die rechtzeitige Anwendung des Possessoriums versäumt hat, genöthigt ist, behufs Rückforderung des Objects des Precariums den vielleicht umständlichen, vielleicht sogar unmöglichen[6] Beweis eines eigenen dinglichen Rechts an dieser Sache anzutreten, oder ob er

[5] Dass dies nicht ein Precarium im Sinne des § 974 ist, ist klar. Randa müsste demnach nicht nur den „usus ex jure familiaritatis" (ohne jeden Rechtsbesitz), das Precarium in seinem Sinne (Rechtsbesitz des Entlehners, aber willkürliche Rückforderung in possessorio) und das Commodat unterscheiden, sondern noch ein viertes Glied einschieben, das im Sinne des § 976 vorzeitig aber nur in petitorio widerrufliche Leihverhältnis! Letzteres wäre übrigens ungefähr das, was Pfersche Precarium nennt (s. oben § 36 N. 22).

[6] Der Concedent des Precarium braucht ja, so wenig wie der Verleiher (s. oben S. 192), gar nicht Eigenthümer oder sonst dinglich berechtigt zu sein.

nicht auf die Thatsache der „bittweisen" Überlassung derselben an den Gegner allein einen persönlichen Anspruch gründen kann. Es handelt sich aber sodann auch weiter darum, ob dieser Anspruch, wenn er besteht, die Natur eines Vertragsanspruchs, die ihm entsprechende Pflicht des Precaristen also die Natur einer Vertragspflicht hat, wie die eines Commodatars. C. mag nun zugegeben werden, dass die Frage nach einem Vertragsanspruch auf Rückstellung der precario gegebenen Sache nicht einfach damit abzuweisen ist, dass dem Precaristen kein Gebrauchsrecht eingeräumt werde, denn immerhin könnte behauptet werden, darüber, dass die Sache auf Verlangen zurückgegeben werden solle, seien Geber und Nehmer von Anfang an einig.[7] Indes, auch unter der Herrschaft des modernen Principes der Vertragsfreiheit, liegt nicht überall ein obligatorischer Contract vor, wo über irgend einen Punkt Willensübereinstimmung zweier Personen zu finden ist.[8] Die Rechtswirksamkeit des Vertrages beruht stets darauf, dass das Recht den Consens über einen bestimmten Geschäftszweck, causa, mit gewissen Rechtsfolgen ausstattet, bei Realcontracten insbesondere aus der causa der Hingabe die Restitutionspflicht folgert. Ein anderes ist es, wenn das Recht aus dem Mangel einer causa Ansprüche ableitet,[9] und gerade dies trifft beim Precarium zu. Die „bittweise" Überlassung einer Sache bedeutet, wie gezeigt, im Sinne der Betheiligten gerade die Einigkeit darüber, dass „nullum negotium geritur", dass keinerlei Geschäftszweck festgesetzt sein solle. Daraus, und nur daraus ergibt sich der beliebige Widerruf des Concedenten, und das Mittel zu dessen Realisierung ist ein Anspruch, der auf der Thatsache der ermangelnden causa für die Detention des Precaristen beruht: eine condictio sine causa.[10] Allerdings also steht dem Geber neben Eigenthums- und Besitzklage eine persönliche Rückforderungsklage zu, aber nicht eine Klage aus einem Vertrage.[11] — 2. Ist demnach die Restitutionspflicht des Precaristen keine vertragsmäßige, so unterliegt auch seine Haftung für culpa nicht den

---

[7] Daraus zumeist wird auf die Vertragsnatur des Precarium geschlossen; s. z. B. Meischeider l. c. S. 469, Wächter S. 441, Dücker S. 45, auch Wendt S. 594, Pfersche S. 167.

[8] Vgl. Dankwardt S. 293, Meyerfeld l. c. I S. 64, Schmidt S. 12 und gegen die „fehlerhafte Ausdehnung des Begriffes Vertrag" überhaupt Rudhart, systemat. Eintheilung d. Verträge (1811) S. 68 ff.

[9] S. oben § 4, II.

[10] Dieselbe „Besitzcondiction" also, wie sie bei Ungiltigkeit des Leihvertrages eintritt; vgl. oben § 29, Zus.

[11] So meint wohl auch für das preußische Recht Koch l. c. III S. 438, vgl. Förster-Eccius II S. 205 N. 47. — Ob dieser Gedanke der Rückforderung wegen „ungerechtfertigten Habens" auch die Grundlage des römischen interdictum de precario bildet (so Ubbelohde S. 229 ff., S. 248, Bulling S. 64 ff., Brinz I S. 754, Meyerfeld l. c. S. 65, Degenkolb Platzrecht S. 170 ff. — dagegen Dücker S. 35 ff.), kann hier dahingestellt bleiben. Mit der Auffassung des neueren römischen Rechts (s. oben § 36 N. 1), welches im Precarium einen Vertrag sieht, verträgt er sich jedenfalls nicht mehr, wenngleich Spuren des alten Standpunktes, jetzt als Anomalien (vgl. Schmidt S. 103, Randa S. 221 N. 26) stehen geblieben sein mögen, wie z. B. die Haftung des pupillus aus dem precarium; vgl. Pernice Labeo I S. 220 f.

Normen des Vertragsrechts.[12] Er hat vor allem nicht die positive Diligenzpflicht des Commodatars, wie sie § 981 bezüglich der Erhaltung der Sache vorschreibt;[13] im übrigen freilich ist nach österreichischem Rechte die außercontractliche Haftung für Verschuldung die gleiche wie die contractliche, und der Geber des Precariums kann seine Ersatzansprüche auch durch die Besitzklage und die Condiction mit demselben Erfolge realisieren, wie durch eine Contractsklage.[14] — 3. Wie der Precarist keine vertragsmäßige Pflicht hat, so hat er auch keine vertragsmäßigen Gegenansprüche wegen etwaiger Impensen.[15] Er kann auch für nothwendige „außerordentliche Erhaltungskosten" nicht gemäß § 981 unbedingt Vergütung begehren, sondern gleich jedem malae fidei possessor nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 336). — 4. Die Präclusivfristen des § 982 sind auf das precarium nicht anwendbar. — 5. Da in der Hingabe zum Precarium kein Rechtsgeschäft liegt, so kommt auch die Handlungsfähigkeit des Gebers oder Nehmers nicht in Betracht; auf Seite des ersteren nicht, da er weder eine Pflicht auf sich nimmt, noch ein Recht oder auch nur den Besitz aufgibt, auf Seite des Letzteren nicht, weil der außercontractliche „Rückforderungsanspruch", geradeso wie die Besitzklage, auch gegen den Handlungsunfähigen zusteht.[16] — 6. Was den Übergang auf die Erben betrifft, so konnte es für die Römer fraglich erscheinen, ob der Erbe des Precaristen in dessen eigenthümliche Rechtsstellung eintrete, oder ob diese nicht eine rein persönliche sei;[17] für unser Recht kann von einem Übergange des Rechtsverhältnisses des „precarium" auf die Erben keine Rede sein, da, wie gezeigt, ein Rechtsverhältnis gar nicht existiert. Andererseits ist es außer Zweifel, dass nicht bloß die oben berührte Condiction ein vererblicher Anspruch, sondern auch die Besitzklage des § 346 gegen den Universalsuccessor des Precaristen zulässig ist,[18] auf den ja gemäß § 1464 das „vitium possessionis" seines Vorgängers übergeht.[19]

---

[12] Wenn Kritz S. 456 den Verfassern des § 974 zumuthet, sie hätten jede, auch außercontractliche gegenseitige Haftung für Schaden, bezw. Impensen negieren wollen, so geht das wohl zu weit. Vgl. dagegen Koch l. c. S. 438.

[13] Vgl. oben S. 233. — Auch § 977, 2. Satz, ist eine dem Leihvertrage eigenthümliche Norm (oben S. 228), welche für den Precaristen nicht gilt. Vorschriften, wie die der §§ 978—980 allerdings ergeben sich auch hier aus allgemeinen Grundsätzen.

[14] Die recuperatorische Besitzklage (§ 346) umfaßt regelmäßig auch den Ersatzanspruch (§ 5 k. Vdg. v. 27. Oct. 1849, R. G. B. 12), desgleichen immer die Condictio gegen den Precaristen, welcher, arg. § 981, als „unredlicher Besitzer" (§ 1437) zu betrachten ist. Auch in Bezug auf die Beweislast wird, da es sich um die Verletzung einer bestehenden Obligation (wenn auch nicht eines Vertrages) handelt, vermöge § 1298 praktisch kein Unterschied gegenüber dem Commodat bestehen.

[15] In diesem Punkte ganz so das römische R., da es niemals bis zu einer actio contraria des Precaristen gelangt ist; vgl. Windscheid § 376 N. 7, dazu Ihering Besitzwille S. 400 ff.

[16] Vgl. oben § 29 Zus.

[17] Vgl. darüber Savigny l. c. S. 461 f., Vangerow l. c. S. 611 ff., Ubbelohde S. 238 ff.

[18] Randa S. 231, Canstein l. c. S. 147.

[19] Auch der Singularsuccessor des Concedenten, soferne er den Besitz der in Detention des Precaristen befind-

Zusatz 2. Die **Praktikabilität des römischen Precarium** ist für die römischen Verhältnisse klar.[20] Das „Zweckmoment" des Institutes lag darin, daſs der Besitzer einer Sache dieselbe einem anderen zu eigenthumsähnlicher Nutzung überlassen, sich selbst jedoch die Befugnis vorbehalten wollte, den Lehensmann gegebenen Falles kurzer Hand austreiben zu können. Ersteres führte dahin, dem Precaristen, im Gegensatze zum Commodatar, eine Art animus rem sibi habendi und deshalb Besitzschutz zuzuerkennen, sowie ihn von der vollen vertragsmäßigen Diligenzpflicht loszuzählen; letzteres hatte zur Folge, daſs dem Concedenten eigenmächtige Zurücknahme, bezw. gegen den Widerstand des Precaristen die Besitzklage gewährt wurde. Die beste Rechtfertigung der hier vertretenen Lehre, welche ein Precarium in diesem Sinne für unser Recht leugnet, besteht daher darin, wenn in Anknüpfung eben an die quellenmäßigen Fälle jenes römischen precarium gezeigt werden kann, daſs die Verpflanzung desselben in den Bereich des heutigen Rechts ohne „Zweck" wäre, weil hier das praktische Bedürfnis entweder nicht besteht oder seine Befriedigung schon ohne jenes Rechtsinstitut findet. — 1. Von den beiden überlieferten Anwendungen[21] des precarium im privaten Geschäftsverkehre[22] der Römer war wohl die praktisch wichtigste die precaristische Überlassung des Pfandbesitzes durch den Pfandgläubiger an den Pfandschuldner, von größter Bedeutung bei dem Verhältnisse der Pfand-fiducia, aber auch bei Faustpfand und hypothekarischer Verpfändung nicht ohne Interesse.[23] Überall sollte der Pfandschuldner vorläufig

---

lichen Sache erworben hat, kann, falls letzterer ihm die Restitution verweigert, die Besitzklage wegen „unechten" Besitzes anstellen (vgl. Canstein l. c. S. 146 f. gegen Randa S. 230). Der Singularsuccessor (d. i. Besitzübernehmer) des Precaristen succediert allerdings nicht in das „vitium" seines Vormannes und kann daher nicht ex facto dieses Vormannes belangt werden (Canstein l. c. S. 147 f. Randa S. 232; s. aber dagegen Slg. 9274 und Ofner l. c. S. 33); aber, wie schon Ulpian in L. 8 § 2 D. h. t. andeutet (dazu Bekker l. c. S. 134 f.), das Precarium wird sehr oft als mit dem Successor stillschweigend erneuert erscheinen, so daß die Besitzklage dann auf Grund dieser Concession begründet ist.

[20] Ganz besonders hat neuestens Ihering Besitzwille S. 389 ff. die praktische Function des römischen Precariums unserem Verständnis näher gebracht.

[21] Ob die, in den Quellen nicht nachweisbaren, nur „auf dem Boden der römischen Familie" erklärlichen, Anwendungsfälle, welche Ihering l. c. S. 414 ff. „entdeckt zu haben glaubt" — s. dagegen Kuntze Zur Besitzlehre S. 64 f., Pflüger Besitzklagen S. 315 — wirklich vorkamen, kann für die Zwecke dieser Untersuchung dahingestellt bleiben. Andere jedenfalls antiquirte Fälle s. bei Degenkolb l. c. S. 184 ff.

[22] Die mit der staatlichen und socialen Verfassung der Römer zusammenhängenden „precaristischen" Landbelehnungen — von Clienten durch den Patron, oder von Patriciern mit ager publicus (Dernburg Entwickel. d. jur. Bes. S. 6 ff.) — können hier aus dem Spiele bleiben. Sie haben doch wohl in unseren Verhältnissen kein Analogon (a. M. Dankwardt S. 320, aber auch Dernburg P. I § 173 N. 2). Je höher aber man den Einfluß gerade dieser alten Fälle auf die Entwickelung des Rechtsinstitutes der römischen precaria possessio anschlägt (vgl. Dernburg l. c. N. 1, Ihering l. c. S. 392, Mommsen Röm. Staatsr. III S. 83), desto weniger kann man dieses Precarium als heute noch lebensfähig betrachten.

[23] Vgl. L. 6 § 4 D. h. t.; Ihering

thatsächlich wieder die Vortheile des Eigenthums genießen, aber die Sicherheit des Gläubigers dadurch gewahrt bleiben, dass er nicht erst auf dem langwierigen Wege petitorischer Klage, sondern eigenmächtig oder in summarischem Besitzprocesse das Pfandobject jederzeit zurücknehmen konnte. Gleiche Verhältnisse und gleiche Interessen sind auch im Gebiete des österreichischen Pfandrechts nicht ausgeschlossen; sie werden zwar nicht leicht bei Hypotheken, aber möglicher Weise beim Faustpfand vorkommen.[24] Gedenkt doch sogar § 467 ausdrücklich des Falles, dass der Pfandgläubiger dem Schuldner das Pfand mit dem „Vorbehalt zurückstellt", seine Rechte dabei gewahrt wissen zu wollen. Allein, bedürfen wir da zur Erreichung der Ziele der Betheiligten der Aufstellung eines eigenen Rechtsverhältnisses des „precarium"? Was den Pfandschuldner betrifft, welcher seine eigene Sache wieder, wenn auch nicht unwiderruflich, in die Hand bekommen hat, so wird wohl kein Richter sich durch überfeine Theorie dazu verleiten lassen, ihm den „animus domini" abzusprechen; kein Richter wird Bedenken tragen, ihn einfach als Sachbesitzer zu schützen.[25] Was aber den Pfandgläubiger betrifft, so wird es heute nicht als Lücke des Rechts empfunden werden, wenn ihm in Consequenz des Besitzes seines Schuldners Selbsthilfe und Besitzklage versagt werden; denn es stehen ihm, wenn Gefahr in Verzuge ist, auf Grund seines Pfandrechts die provisorischen Rechtsmittel des Realarrestes, bezw. der Sequestration zu Gebote,[26] die ihn viel rascher noch zum Ziele führen, als das possessorium summariissimum. — 2. Der andere Anwendungsfall des römischen precarium ergab sich zwischen Käufer und Verkäufer. Bei Creditierung des Kaufpreises pflegte die Waare bloß „precario" tradiert zu werden, so dass erst bei Bezahlung des Preises Eigenthum übergehen, bei deren Ausbleiben aber die Sache durch das interdictum de precario dem Käufer wieder abgenommen werden sollte.[27] Vorerst fällt dieses Verhältnis überhaupt nicht unter das Precarium im Sinne des § 974, weil hier nicht Widerruf nach „Willkür", sondern erst nach Fälligkeit der Kaufschuld bedungen erscheint. Allein, abgesehen davon: zur Sicherstellung des Verkäufers bedient sich der heutige Verkehr nicht des Precariums, sondern des pactum reservati dominii.[28] Dass nun der Käufer durch die Tradition unter diesem Vorbehalte dennoch Besitzer der Waare wird,[29] daran wird auch heute kaum ein

---

l. c. S. 398, Dernburg Pfandr. II S. 77 ff., Pflüger l. c. S. 312 ff.

[24] Mit Unrecht hält Ubbelohde S. 267 das Precarium für unvereinbar mit dem modernen Mobiliarfaustpfand.

[25] Viel zu künstlich beurtheilt dies Verhältnis Randa S. 223. S. dagegen Jhering l. c. S. 224 N. 1: „Wenn (bei der fiducia) der Pfandgläubiger die Sache einstweilen in der Nutzung des Schuldners beließ, d. h. ein Precarium mit ihm abschloß, so blieb der Schuldner, was er war: Besitzer."

[26] S. Slg. 6897, 7071; dazu Canstein Lehrb. d. öst. Civilpr. (2. Aufl.) I S. 429 f.

[27] Vgl. Jhering l. c. S. 405, Ubbelohde S. 262 ff.

[28] S. die Entscheidungen bei Manz § 1063 N. 2. Vgl. auch Jhering l. c., Ubbelohde S. 268.

[29] Warum dieser Besitz „unecht" sein soll, wie in Slg. 10101 behauptet wird, ist nicht einzusehen. — Anders lag der Fall Slg. 6462, wo durch den Vertrag auch die Besitznahme des Käufers suspendiert war.

Praktiker zweifeln; ebenso sicher aber ist es, dass der Verkäufer in solchem Falle eben alle Sicherheit in dem Vorbehalte seines Eigenthumsrechtes sucht und sich bewusst ist, damit auf Eigenmacht oder Besitzschutz verzichtet zu haben. — Gerade die nachweisbaren Fälle der „geschäftlichen Function" des römischen precarium also haben bei uns keinen Boden. Bei den Römern mochte nun allerdings das Rechtsinstitut, wie es sich einmal entwickelt hatte, auch noch einer anderen, von Jhering so genannten „liberalen Function" dienen. Hier handelte es sich wirklich, wie Ubbelohde S. 264 ff. darlegt, darum, dass man eine Sache, für die man zur Zeit keine Verwendung weiß, einem anderen überlässt und sich nur für den „immerhin möglichen" Fall eigenen Bedarfs die Rückforderung offen hält; „es ist durchaus nicht selbstverständlich, dass die Sachen zurückgegeben werden, im Gegentheile recht möglich, . . . dass sie der Empfänger für immer behalte".[30] Die nahe Berührung dieser Zuwendung mit der Schenkung liegt auf der Hand.[31] Wenn man dafür in Rom nicht geradezu die Form einer Schenkung unter Resolutivbedingung (des Widerrufes) wählte, so lag der Grund wohl in der Scheu der römischen Jurisprudenz vor der Anerkennung einer dinglichen Wirkung auflösender Bedingungen.[32] Legte man aber jenem Vorbehalte bloß obligatorische Wirkung bei, so fiel der Vorgang unter den Gesichtspunkt des Commodates und die praktisch unerträgliche Folge war, dass der Empfänger, trotz seines auf die Dauer gemeinten eigenthumsgleichen Rechts, als Commodatar nicht einmal Besitzschutz genoss; deshalb bot sich das „precarium" als willkommener Ausweg. Unserer heutigen Rechtsauffassung aber wird in derartigen Fällen[33] entweder in der That die Form der resolutiv bedingten Schenkung entsprechen,[34] oder aber, soferne die Betheiligten nicht diese immerhin etwas künstliche Rechtsfigur wählen, fehlt es unter der Herrschaft eines Rechtssystems, welches dem Commodatar Rechtsbesitz beilegt, an einem augenfälligen Motive, die Form des gewöhnlichen Leihvertrages, der, wie gezeigt, auch den Vorbehalt des Widerrufes im Falle eigenen Bedarfes nicht ausschließt, zu meiden.[35] Die Scheidelinie zwischen diesem Leihvertrage und einem precarium im römischen Sinne würde ja lediglich durch die Besitzklage gegen den Empfänger gebildet, welche dem Concedenten eines „precarium" gewährt, dem Verleiher aber versagt wäre. Ob das eine oder das andere einzutreten habe, darüber also hätte, da sonst weder die Form noch der Inhalt des Geschäftes ein Kriterium böte,

[30] Ubbelohde S. 265, 247; vgl. Dankwardt S. 303.

[31] S. schon Heimbach S. 665; vgl. oben § 36 N. 7.

[32] Vgl. Czyhlarz Z. Lehre v. d. Resolutivbedingung S. 15 f., S. 68 ff.

[33] Die gewiß auch heute vorkommen; s. Beispiele bei Ubbelohde l. c., Dernburg P. I § 173 N. 2, Dankwardt S. 321, auch Unterholzner S. 564.

[34] S. Ubbelohde S. 268.

[35] Auch für das gemeine Recht leugnen deshalb mit Recht das praktische Bedürfnis nach der Aufrechterhaltung des classischen „precarium" neben dem Commodat Bähr l. c. S. 295, Jhering l. c. S. 241, Wächter S. 444; vgl. auch Wendt Arch. f. d. civ. Prax. LXXIV S. 143 f.

die „Absicht der Parteien" zu entscheiden.[36] Hieße das aber nicht, dem Parteiwillen eine subtile Unterscheidung von Rechtsfolgen zumuthen, über welche er sich im Leben gar keine Rechenschaft gibt?[37] Ganz anders steht es mit der Unterscheidung, welche das im Texte gewonnene Resultat voraussetzt. Der Gegensatz zwischen Zuwendung eines Gebrauchsrechtes und der bloßen Duldung fremden Gebrauches ohne die Absicht überhaupt rechtliche Folgen zulassen zu wollen, der Gegensatz also zwischen Rechtsgeschäft und Nicht-Rechtsgeschäft ist ein solcher, welcher auch dem Bewusstsein des Laien nicht entgeht;[38] und nur dieser Gegensatz ist es, den das a. b. Gb.[39] durch die Gegenüberstellung von Leihvertrag und Bittleihen in § 974 bezeichnet hat.[40] So bleiben denn auch nach der Intention der „Parteien" als „unverbindliche" Bittleihen nur die, auch den römischen Juristen nicht unbekannten, Fälle übrig, in welchen sie bei einer Gestattung einer Detention von jeder auch nur vorübergehenden Rechtseinräumung absehen.[41] — Insbesondere mag zum Schlusse noch einmal darauf hingewiesen werden, dass, so wie die obligatorisch wirkende Gebrauchsgestattung bis auf Widerruf zu keinem „precaristischen" Rechtsbesitze im Sinne Randa's führt, ebenso die Constituierung eines dinglichen oder sonstigen Rechts

---

[36] Auch bezüglich des Grades der vom Empfänger zu prästierenden Diligenz, welche beim römischen Precarium eine andere sein soll als beim Commodat, müßte der „Parteiwille" gar fein unterscheiden nach Windscheid II S. 450; s. dagegen Wendt S. 594.

[37] Vgl. Bähr l. c., aber auch schon Bulling S. 34 f. gegen Savigny l. c. S. 302.

[38] Anders allerdings Lenel Jahrb. f. Dogm. XIX S. 207 ff.; s. dagegen oben § 1 N. 33.

[39] Dagegen ist es ganz zwecklos, wenn ein Gesetz, welches, wie das Schweiz. Obl. R. Art. 327 und der D. Entw. § 558, die willkürlich widerrufliche Gebrauchsleihe völlig unter das Commodat subsumiert, bloß, „um dem römischen precarium den Schein einer begrifflichen Fortexistenz zu retten" (Gierke D. Entwurf S. 245), diesem Fall einen eigenen Paragraph widmet. Mit Recht ist daher § 558 D. Entw. bei der zweiten Lesung gestrichen worden (vgl. auch den Gegenentwurf von Rocholl u. Niedner S. 216).

[40] Es handelt sich somit nicht bloß um einen Unterschied in der „Dauer des Gebrauches". Deshalb sollte auch nicht einfach unter Berufung auf § 975 gesagt werden, in dubio sei Precarium nicht Commodat anzunehmen; so Zeiller, Nippel, Kirchstetter, Stubenrauch zu § 975, auch Pfersche S. 167. Vgl. oben § 31 N. 7. Die Existenz eines Rechtsgeschäfts (im Gegensatze zum „unverbindlichen" Precarium) hat hier, wie sonst überall, derjenige zu beweisen, welcher Ansprüche daraus ableitet, und das kann gegebenen Falles ebensogut der Entlehner wie der Verleiher sein. Dabei dürfte die „Vermuthung" des Pr. L. R. I, 7 §§ 107 f. viel mehr für sich haben, wonach nur aus besonderen „Umständen des vorliegenden Falles", namentlich „aus persönlichen Verhältnissen" zu entnehmen ist, dass kein rechtsverbindliches negotium beabsichtigt war. In seinem Commentar zu § 346 (II S. 97) hat auch Zeiller im Widerspruch mit dem oben Erwähnten diesen Satz des Pr. L. R. beinahe wörtlich recipiert. Vgl. noch Canstein l. c. S. 192.

[41] S. über die Fälle, wo ein bloßes „in possessione esse" (ohne selbständige Detention des Empfängers) oder ein blos „momentanes Detentionsverhältnis" („wie wenn eine Sache blos zum Ansehen gegeben wird": Zeiller III S. 216) gestattet wird, Ihering l. c. S. 419 f., S. 512 ff.; vgl. den Fall Slg. 935.

unter Vorbehalt des Widerrufes, weil sie eben ein Recht überträgt, den Empfänger zum Rechtsbesitzer macht, dessen Besitz gegen den Concedenten, wie gegen Dritte geschützt ist. Eine derart widerrufliche Concession eines Rechts als „Precarium" zu bezeichnen, ist daher bedeutungslos, ja verwirrend, da sie mit den Normen des römischen precarium so wenig wie mit dem Falle des § 974 etwas gemein hat. Dies gilt namentlich auch von der in § 18 des steiermärk. Wasserrechtsgesetzes v. 18. Jänner 1872, L. G. B. 8 (sowie in den übrigen Wasserrechtsgesetzen, z. B. § 19 des böhm. Ges. v. 28. Aug. 1870, L. G. B. 71) vorgesehenen behördlichen Concession eines Benützungsrechts an öffentlichen Gewässern „gegen Widerruf".[42]

[42] Randa Eigenthumsrecht I S. 85 nennt dies ein „Precarium"; und doch wird auch er den Concessionär nicht als „unechten Besitzer" des Wasserrechts behandeln wollen. Dasselbe wäre aber auch in dem Falle zu sagen, wenn gemäß § 15a Reichswasserrechtsgesetz v. 30. Mai 1869, R. G. B., 93 jemand etwa ein (von der Behörde!) widerrufliches Nutzungsrecht an dem Privatgewässer eines Anderen verliehen wäre; vgl. Randa Wasserrecht (2. Aufl.) S. 111 f.

3. Capitel: Der Verwahrungsvertrag und die Gastaufnahme.

A. b. Gb. §§ 957—970. — Adler Das österr. Lagerhausrecht (1892); Krainz II §§ 356—359. — Gruchot Beiträge z. Erl. d. preuß. R. XV S. 780—841 (1871); G. Cohn, Endemann's Hdb. d. deutsch. Handels-, See- u. Wechselr. III S. 884—930. — Unterholzner II §§ 656—662; Arndts §§ 285—287; Windscheid §§ 377—380; Dernburg P. II §§ 92, 93; Pr. R. II §§ 211—213; Förster-Eccius II §§ 139, 140.

I.

Der regelmäßige Verwahrungsvertrag.

A.

Begriff und Wesen des Verwahrungsvertrages.[1]

§ 38.

Verwahrungsvertrag (Hinterlegungsvertrag, depositum) ist der Vertrag, durch welchen eine Person von einer anderen eine (körperliche) Sache in Obsorge übernimmt (§ 957).[2] Der Übergeber der Sache (gemeinrechtlich „Deponent") heißt im a. b. Gb. „Hinterleger",[3] der Übernehmer (gemeinrechtlich „Depositar") „Verwahrer" (§§ 959, 961, 967 u. a.).

---

[1] Zur Geschichte des römischen Realcontractes des depositum s. Asher Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XXII S. 266 ff., Ihering D. Schuldmoment S. 29 ff., Niemeyer Ztschr. d. Sav. Stift. XII S. 297 ff., Wlassak Z. Gesch. d. neg. gestio S. 164 ff.; speciell über die „fiducia cum amico" Oertmann Die fiducia S. 135 ff., Göppert Ztschr. d. Sav. Stift. XIII S. 317 ff., Pernice Labeo III S. 135 ff. gegen Heck Ztschr. d. Sav. Stift. X S. 82 ff., auch Niemeyer l. c. S. 312 ff.; über das germanische Recht s. Stobbe Z. Gesch. d. deutsch. Vertragsrechts S. 215 ff. — Das sog. depositum miserabile, welches in der Entwicklung des römischen Hinterlegungsvertrages eine große Rolle spielte und demgemäß noch im Cod. Ther. III, 6 Nr. 13, 41 und in Horten's Entw. III, 6 § 24 mit besonderen Rechtsfolgen ausgestattet war, ist schon im Entw. Martini fallen gelassen, während das Pr. L. R. I, 14 § 43 (in anderer Art auch der Code Artt. 1949 ss.) noch eine praktisch „ganz bedeutungslose" (Gruchot S. 815) Reminiscenz an das „dep. miserabile" enthält. Vgl. übrigens noch unten N. 4.

[2] Über die Weglassung des in der Legaldefinition des §. 957 enthaltenen Beisatzes „eine fremde Sache" s. unten N. 35.

[3] Der als Übersetzung des römischen „depositum" übliche (s. etwa Windscheid § 377, Arndts § 285) Ausdruck „Hinterlegung", dessen sich noch Wg. Gb. III §§ 129 ff. bediente, paßt schlecht

Die Übergabe, bezw. Übernahme der „Obsorge", wie das a. b. Gb. sehr gut die „custodia" der classischen Rechtssprache wiedergiebt, bildet den Geschäftszweck, die causa, welche den Verwahrungsvertrag charakterisiert.[4] In dieser causa liegt — ohne dass es nöthig wäre, dies in der Begriffsbestimmung erst noch hervorzuheben[5] — die Verpflichtung des Übernehmers begründet, die Sache auf Verlangen des Übergebers, und zwar in specie, zurückzustellen. „Obsorge" aber bedeutet nichts anderes, als die Sorge dafür, dass die Sache „vor Schaden gesichert" (§ 958), oder dass sie vor Verlust, Untergang und Beschädigung „bewahrt" werde (§ 961),[6] ohne Unterschied, ob ihr derartige Gefahren durch natürliche Einflüsse oder von Menschenhand drohen mögen.[7] „Obsorge" (custodia) in diesem Sinne — der Schutz gegen physische Gefahren — ist naturgemäß nur mit Bezug auf körperliche Sachen denkbar.[8] Bei res incorporales, wenn

auf Immobilien und ist im a. b. Gb. wohl eben deshalb durch den Namen „Verwahrungsvertrag" ersetzt, sowie in §. 1425 deshalb neben der „Hinterlegung" die „Einleitung der Verwahrung" aufgenommen wurde: Ofner II S. 252 f. (vgl. dazu die Bemerkung bei Rocholl u. Niedner Vorschläge z. Abänd. d. D. Entw. II. B. S. 248). Dagegen bezeichnet das Gb. die Übergabe in gerichtliche Obsorge technisch als „Hinterlegung" (s. Marg. Rubr. zu §. 1425, auch §§. 390, 455, 630, 1286, 1428 u. a.; andererseits aber auch §§ 223, 471, 890: „gerichtliche Verwahrung"). Für den Übergeber ist allerdings auch im Hauptstücke vom „Verwahrungsvertrage" in Ermangelung eines besseren der Name „Hinterleger" stehen geblieben.

[4] „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est": L. 1 pr. D. depos. 16. 3; der ältere Ausdruck scheint aber „servandum dare" (vgl. L. 1 §. 8 L. 22 l. c.) gewesen zu sein, s. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II S. 602. Eine (breite) Erörterung des wirthschaftlichen Zweckes des Hinterlegungsvertrages s. bei Reatz Gutachten aus dem Anwaltstande S. 1121 ff.

[5] Sowie thatsächlich die Willensmeinung der Parteien, so hat auch die Definition des Rechtsgeschäftes die causa nicht aber die Rechtsfolge zu umfassen, vgl. oben S. 16, S. 40 N. 25 und S. 188 N. 7. — Auch, dass die Übergabe zur Aufbewahrung nicht auf die Dauer, sondern nur für „bestimmte Zeit" (§ 961) geschieht, liegt in ihrer Natur und braucht nicht erst gesagt zu werden; andererseits darf doch wieder nicht der Vorbehalt „beliebiger Rückforderung" unter die Begriffsmerkmale aufgenommen werden (so noch Cod. Ther. l. c. Nr. 1, Nr. 24), da die Bestimmung einer Verwahrungsfrist (§ 963) dem Wesen des Vertrages nicht entgegensteht, mag sie auch keine absolut bindende Kraft haben (§ 962). Nur dies letztere allerdings ist für das Depositum (auch das irreguläre — vgl. unten S. 373) charakteristisch; vgl. Brinz II S. 608.

[6] Cf. L. 5 § 22 D. ut in poss. leg. 36, 4: „ita custodire .... ut neque auferantur, neque depereant deterioresve fiant." Vgl. auch Brinz II S. 261, Engelmann Custod. praestat. S. 120 ff.

[7] Die Beschränkung des Begriffs der custodia auf den Schutz gegen „von außen herantretende" Unfälle im Gegensatze zu „innerem Verderb" der Sache — so Bruckner Custodia S. 31 ff., Reatz l. c. S. 1125 — scheint mir höchst problematisch, weil die Grenze zwischen beiden kaum zu ziehen ist. Die Fütterung von übernommenen Thieren z. B. gehört gewiss zu den Pflichten des Depositars (vgl. Slg. 12532); handelt es sich da um äußere Unfälle oder inneren Verderb?

[8] Vgl. Unger II S. 246, Czyhlarz Grünhuts Zeitschr. VI S. 689 N. 66,

man da überhaupt von „Obsorge“ sprechen will,[9] kann es sich nur um rechtsgeschäftliche Maßregeln zur Erhaltung oder Realisirung von Rechten handeln, deren Besorgung das a. b. Gb. (§ 960) unter ganz anderem Gesichtspunkte betrachtet.

Die „Obsorge“, zu welcher der Verwahrer sich verpflichtet, ist gleichwohl — so wie die „custodia“ der römischen Quellen — mehr als die bloße Aufnahme der fremden Sache in den Raum oder den Verschluss des Depositars; sie ist eine positive Leistung, der sorgfältige (§ 961) Schutz der übernommenen Sache durch alle zweckentsprechenden Vorkehrungen.[10] Diese Auffassung spricht sich deutlich schon in dem Wortlaute der §§ 958 und 961 aus, sie lag auch der in den Vorläufern des a. b. Gb. beliebten Zusammenstellung der „Empfehlungs- und Hinterlegungsverträge“ zu Grunde.[11] Diese causa ist nun im a. b. Gb. so ausgestaltet, dass

---

Bruckner l. c. S. 4, S. 9. Ob Wendt S. 595, welcher von der Übertragung von res incorporales „zur Aufbewahrung“ spricht, anderer Ansicht ist?

[9] So spricht z. B. das a. b. Gb. im § 222 von der „dem Gerichte anvertrauten Obsorge“ über das Waisenvermögen, im § 233 von der dem Vormunde obliegenden „Verwahrung“ des Mündelgutes, in § 269 von der Unfähigkeit, seine Rechte selbst zu „verwahren“, während beispielsweise in § 812 „Verwahrung“ und „Verwaltung“ einander entgegengestellt sind. Zeiller III S. 194 scheint sogar Menschen als möglichen Gegenstand eines Verwahrungsvertrages zu denken; vgl. unten § 39 N. 20.

[10] Gegen die Auffassung des depositum als bloßer „Gewährung seines Raumes“ — so Windscheid § 377 N. 1, Baron Jahrb. f. d. Dogm. VII S. 108, vgl. auch Förster-Eccius S. 324 — s. Dernburg P. § 92 N. 4, Pr. R. § 211 N. 2 („es handelt sich nicht etwa bloß um Passivität, sondern um Thätigkeit des Depositars“), Bruckner l. c. S. 52 f., Karlowa l. c. S. 605. S. auch Zeiller III S. 190: „Der Verwahrer übernimmt die Bemühung u. s. w.“ — Ohne Grund behauptet anderseits Reatz l. c. S. 1127 f., dass die Bestimmung des Verwahrungsortes zu den Essentialien des Verwahrungsvertrages gehöre. — Einen andern Sinn hat die „Besitzescustodia“, d. i. die zur Apprehension des Sachbesitzes erforderliche „Gewahrsame“ (Bruckner l. c. S. 19 ff., Baron l. c. S. 92 ff.), welche auch dem a. b. Gb. nicht fremd ist; vgl. §§ 312, 315, 451 („in Verwahrung nehmen“).

[11] S. noch Wg. Gb. III §§ 102 ff. In der That ist das depositum nur ein vom Gesetze besonders (als Realcontract) normirter Fall des Mandats, ein mandatum custodiae — vgl. Muther Sequestr. u. Arrest § 19, auch D. Mot. II S. 569 — und darauf deutet auch die den classischen Juristen (L. 26 pr. D. h. t., L. 186 D. de V. S.) sowie den germanischen Quellen (vgl. Stobbe l. c. S. 215) geläufige Bezeichnung der Hinterlegung als „comendare“. Im a. b. Gb. (aber erst bei der Revision: Ofner II S. 58) wurde wohl gerade, um bei der nun durchgeführten Trennung des Depositums vom Mandate doch hervortreten zu lassen, dass es sich dabei um eine positive Leistung des Depositars handle, der Ausdruck „Obsorge“ verwendet, statt des farbloseren „Übernahme zur Verwahrung“ oder zur „Aufbewahrung“, dessen sich der Cod. Ther. l. c. Nr. 1, 7, 21, die Entw. Horten's und Martini's und Wg. Gb. III §§ 129 f. bedient hatten, sowie das Pr. L. R. I, 14 §§ 9, 11 und nun auch der D. Entw. § 614. (Auch in § 367 a. b. Gb. ist übrigens die alte Wendung „zur Verwahrung anvertraut“ stehen geblieben).

1. der Verwahrungsvertrag als Realcontract erscheint. Der Verwahrungsvertrag kommt erst durch die thatsächliche Übergabe bezw. Übernahme (res) der zu verwahrenden Objecte zustande; die etwa vorausgehende Beredung — soferne sie nach der Absicht der Parteien überhaupt schon eine rechtsverbindliche Vereinbarung, und nicht blos eine unmaßgebliche Vorbesprechung darstellt[12] — bildet nur ein pactum de contrahendo, welches nach Voraussetzungen und Wirkungen den Normen des § 936 unterliegt. Gleichwie für das Darlehen (§ 983) und den Leihvertrag (§ 971) ist dies auch in § 957 ausdrücklich gesagt. Als Realcontract ist darnach sowohl die unentgeltliche, als die entgeltliche Übernahme der „Obsorge" zu behandeln.[13] Was die praktische Bedeutung dieser Auffassung im Gegensatze zur Construction des Geschäftes als Consensualvertrag betrifft, so ist auf das oben § 4 und § 25 ausgeführte zu verweisen.[14]

2. Gegenstand des Verwahrungsvertrages kann jede körperliche[15] Sache sein, auch Sachen, welche dem (freien) Verkehr entzogen sind, nicht ausgeschlossen.[16] Sachgesamtheiten, aber auch mehrere einzelne Sachen können das Object eines Hinterlegungsvertrages bilden.[17] Insbesondere ist noch hervorzuheben:

a) Auch vertretbare Sachen mögen Gegenstand der Aufbewahrung in specie, also eines „regelmäßigen" Depositums sein;[18] noch weniger steht die Verbrauchbarkeit einem solchen entgegen, da die Übergabe eben nicht zum Zwecke einer Gebrauchseinräumung erfolgt.

b) Gegenstand einer „Obsorge" in dem oben (S. 282) dargelegten Sinne, wenngleich nicht buchstäblich einer „Hinterlegung",[19] können auch Immobilien sein; der Begriff des Verwahrungsvertrages nach

---

[12] Vgl. oben § 4 N. 6, auch unten § 40 N. 5.

[13] Adler Jahrb. f. d. Dogm. XXXI S. 209.

[14] Speciell für den entgeltlichen Verwahrungsvertrag betont Adler l. c. sehr richtig: „Ist ein Depositum verabredet, hat aber der Deponent von seinem Recht willkürlich nicht Gebrauch gemacht, so wird nicht ohne weiteres die Verwahrungsgebür geschuldet, sondern der Depositar hat den Schaden, der ihm .... entsteht, zu liquidieren." Vgl. auch Kohler Arch. f. brgl. R. II S. 219 und oben § 4 S. 38 f.

[15] S. oben bei N. 8 u. 9.

[16] S. die näheren Ausführungen oben § 26 Zus. 1. Über Menschen als Gegenstand des Depositums s. unten § 39 N. 20.

[17] Vgl. über die praktische Bedeutung des Falles oben S. 215, auch unten S. 299 und über die Hinterlegung eines ganzen Behältnisses mit seinem Inhalt (§ 966) unten S. 324.

[18] Die objective Eigenschaft (s. oben § 7 N. 5) der Fungibilität der Sachen an sich macht das depositum noch nicht zum „irregulare"; vgl. unten § 54 N. 3.

[19] Vgl. oben N. 3. Windscheid § 377 N. 4 folgert die Unmöglichkeit der „Hinterlegung" von Immobilien in der That mehr aus dem Wort als aus dem Begriffe.

österreichischem Rechte erstreckt sich daher, wie § 960 betont, auch auf unbewegliche Sachen.[20] Allerdings wird gerade bei solchen sehr oft die „Obsorge" über die Bewachung gegen physische Gefahr hinausgehen[21] und auch rechtsgeschäftliche Vertretung oder „Verwaltung" umfassen müssen, und dann überschreitet das Geschäft die Grenzlinie des depositum (§ 960), eine Grenze, welche das a. b. Gb. wohl deshalb gerade im Anschlusse an die Erwähnung des Immobiliardepositums feststellt.[22] Übrigens gelten für Letzteres nicht durchaus (s. § 967) dieselben Rechtssätze wie für die Hinterlegung beweglicher Sachen.

c) Gegenstand des Verwahrungsvertrages können nicht bloß eigene Sachen des Hinterlegers, sondern auch fremde Sachen sein, das ist solche, welche Eigenthum eines Dritten sind.[23] Damit ist gesagt, dass der Depositar nicht das Recht hat, die vertragsgemäße Zurückstellung der Sache an den Deponenten unter Berufung auf Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht eines Dritten (ex jure tertii) oder auf Bedenken gegen die Berechtigung des Hinterlegers, zu verweigern.[24]

---

[20] Die herrschende romanistische Lehre beschränkt das depositum auf bewegliche Sachen (s. dagegen aber Dernburg P. § 92 N. 7). In älterer Zeit wurde über die Frage viel gestritten, vgl. Glück XV S. 146 ff.; während nun das Immobiliardepositum im Cod. Ther. l. c. Nr. 15 schlechthin als Fall des Mandats galt, hatte schon der Entw. Martini III, 4 § 31, sowie Pr. L. R. I, 14 §§ 90, 91, im Anschlusse an die Theorie des Heineccius (vgl. Wiener Heineccius § 806) die richtige Abgrenzung gegeben, die sich jetzt in §. 960 findet. Der D. Entw. §. 614 folgt wieder der romanistischen Lehre.

[21] Sehr oft, aber doch nicht immer, vgl. schon Heineccius l. c.: „ich gehe nur auf kurze Zeit weg, und ersuche meinen Nachbar, auf mein verschlossenes Haus Acht zu haben"; auch Winiwarter IV. S. 158. Auch D. Mot. II S. 570 f. anerkennen den Unterschied zwischen der Bestellung eines Verwalters und eines bloßen „Hüters" einer unbeweglichen Sache. Wenn sie aber auch in letzterem Falle das Geschäft als „Auftragsvertrag" auffassen, so ist das eine petitio principii; denn das Depositum ist eben nichts anderes als ein „mandatum custodiae" (s. oben N. 11).

[22] Ähnlich Pr. L. R. l. c. § 91. Dieselbe Grenze (s. unten S. 290 f.) gilt aber, wie Zeiller bei Berathung des § 960 ausdrücklich hervorhob (Ofner II S. 59), natürlich auch für die Hinterlegung von Mobilien.

[23] Dabei ist nur wie Cod. Ther. l. c. Nr. 16 hervorhob, „darauf zu sehen, ob dieselben im Namen des Eigenthümers, oder im eigenen Namen des Hinterlegers anvertraut" werden. Ersteren Falles steht das Rückforderungsrecht (actio depositi) nur dem Eigenthümer zu.

[24] L. 1 § 39, L. 31 § 1 D. h. t., Dernburg Pr. R. II S. 651, Brinz II S. 606 N. 30. Genaue Vorschriften über den Fall gab Cod. Ther. l. c. Nr. 33 bis 36; von diesen blieb im Entw. Martini l. c. §. 33 stehen und im Wg. Gb. III § 134: „Will ... ein anderer das Eigenthum der ihm anvertrauten Sache behaupten, so muss er (der Verwahrer) dem Hinterleger davon Nachricht geben, und nach Umständen die Sache bei Gericht niederlegen." Im a. b. Gb. wurde dieser Satz mit Rücksicht auf die nunmehrigen Normen über die laudatio auctoris (§ 375) gestrichen; vgl. Ofner II S. 407. Zeiller III S. 198. — Auch die gerichtliche Hinterlegung der deponierten Sache mit Hinblick auf Ansprüche

Über die praktische Gestaltung der Lage des Verwahrers in solchem Falle gilt aber dasselbe, was oben bezüglich des Commodatars ausführlich besprochen ist.[25]

Wird jemand seine eigene Sache zur Aufbewahrung anvertraut, so ist zu unterscheiden[26]. Wird die Sache als Eigenthum des Empfängers (im Bewusstsein dieses seines Rechts) übergeben und übernommen, so liegt ein rechtsgiltiger Verwahrungsvertrag vor, mag auch die eine oder andere der sonst für diesen Vertrag geltenden Normen hier nur beschränkte Anwendung finden.[27] Die causa des Hinterlegungsvertrages ist mit dem Eigenthume des Übernehmers nicht unverträglich. Der Eigenthümer kann sehr wohl in die Lage kommen, für einen Anderen, welcher Anspruch hat auf den Besitz der Sache, zeitweilig die „Obsorge" über diese Sache zu übernehmen.[28] In solchem Falle dem Vertrage die Geltung absprechen, würde bedeuten, dass der Übernehmer zur Sorgfalt und zur Zurückstellung (ex contractu wenigstens) nicht verpflichtet sei, und dies wäre ein Verstoß gegen alle fides.[29]

Anders, wenn eine Sache im Irrthum über das Eigenthum des Empfängers diesem zur Aufbewahrung übergeben wird.[30] Die

---

Dritter liberiert somit den Verwahrer nicht: Slg. 8165, 8322. Anders, bei Hinterlegung einer Sache durch Mehrere; vgl. Slg. 3250, 12123.

[25] Oben § 26, Zus. 2.

[26] Anders als für den Leihvertrag — s. oben S. 193. Das römische Recht erklärt allerdings kategorisch, dass „depositum . . . rei suae consistere non potest" (L. 45 D. de R. J., L. 15 D. h. t.), weshalb hier die Unterscheidung bei Windscheid II S. 454 resp. 446, Cohn S. 888, 899 u. a. bedenklich scheint (s. dagegen auch Dernburg P. §. 92 N. 22). Die herrschende Lehre behauptet unter Berufung auf den Wortlaut des §. 957 ebenso für das österreichische Recht schlechthin die Ungiltigkeit des depositum rei suae — s. die Commentare von Nippel, Winiwarter, Ellinger, Stubenrauch, Kirchstetter zu §. 957, Krainz II, 1 S. 201; nur M. Schuster Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1828, II S. 192 ff., dem Nippel, Materialien I S. 143 de lege ferenda zustimmt, ist anderer Ansicht.

[27] So vor allem bezüglich des Ersatzes von Impensen, was Nippel l. c. S. 150 richtig hervorhebt.

[28] So für den Pfandgläubiger, Nutznießer, vgl. Cod. Ther. l. c. Nr. 17, Schuster l. c. S. 192 f. Allerdings wird in solchen Fällen häufiger noch die Sache zur Leihe oder precario überlassen werden.

[29] Jedenfalls ist doch wohl nicht zu behaupten, dass die ausdrückliche Übernahme der Verpflichtung zu custodia der eigenen Sache unmöglich oder unerlaubt sei; der Vertrag müsste also nach der gegnerischen Ansicht zwar nicht als depositum, aber doch als namenloser Vertrag gelten (§ 878) — eine theoretische Unterscheidung also ohne jeden Werth.

[30] Nur für diesen Fall sprechen Code Art. 1946, Sächs. Gb. § 1271 (§ 1184) und Pr. L. R. I, 14 § 79 (vgl. Koch R. d. Forderungen III S. 440 f., Gruchot S. 834, anders Förster-Eccius II S. 332 N. 46) dem Depositum die Wirksamkeit ab. Wenn übrigens bei dieser Frage stets nur vom Irrthume des Depositars die Rede ist,

Ungiltigkeit des Vertrages ergibt sich hier schon nach allgemeinen Grundsätzen aus der „Wesentlichkeit" dieses Irrthums. Ein positives Verbot aber der Einwendung des Eigenthums gegen die Rückforderung aus dem Titel des depositum, ein Verbot wie es § 1109 für die Miete aufstellt, kennt unser Gesetz nicht.[31] Und die analoge Anwendung dieser Norm des § 1109 — wie sie für das Commodat am Platze ist[32] — wäre hier verfehlt; handelt es sich doch für den Mieter oder Entlehner um die pünktliche Zurückgabe einer Sache, die ihm zu seinem Vortheile anvertraut war, für den Verwahrer um eine Sache, die er im Interesse des Gebers übernehmen sollte. Die Strenge, mit welcher das Gesetz den Rückforderungsanspruch ausstattet, ist daher dort ganz anders motiviert, als sie es hier wäre.[33] Überdies ist nicht zu übersehen, dass das a. b. Gb., während es für den Bestandvertrag (§ 1093) der Möglichkeit der Bestandnahme der eigenen Sache ausdrücklich gedenkt,[34] im § 957 geradezu die Übernahme der Obsorge über eine „fremde Sache" als Begriffsmerkmal des Geschäftes hinstellt. Allerdings bedarf, wie oben gezeigt ist, diese Gesetzesstelle insoferne einschränkender Interpretation, als sie an die, praktisch freilich sehr zurücktretenden, Fälle des „depositum suae rei" nicht denkt, wo eine Sache bewusst als Eigenthum des Empfängers hinterlegt wird;[35] aber die Fassung des § 957 muss doch genügen, um den Gedanken an eine Analogie des § 1109 auszuschließen.

---

so ist das für das begrifflich unentgeltliche depositum des römischen oder französischen Rechts zutreffend; bei einem, nach österr. R. möglichen, entgeltlichen Verwahrungsvertrage muss auch der Irrthum des Hinterlegers berücksichtigt werden — oder soll dieser etwa trotz solchen Irrthums dem Verwahrer unter allen Umständen zur Bezahlung des bedungenen Lohnes verbunden bleiben?

31 § 1440 kommt nicht in Betracht; denn er setzt eben ein giltiges Depositum voraus, während die Berufung des Verwahrers auf den Irrthum bezüglich seines Eigenthums keine Einrede gegen die actio depositi, sondern Leugnung des Klagegrundes ist; vgl. Dernburg P. § 92 N. 22.

32 S. oben S. 243.

33 Schuster l. c. S. 194 macht diesen Analogieschluss doch wohl zu leichtfertig, Krainz II, 1 S. 202 N. 6 lehnt die Anwendung des § 1109 ab, im Widerspruche damit steht aber seine N. 7. Schuster's Berufung auf den juristischen Besitz des Deponenten ist ohne Belang; aus § 320 folgt nur, dass der Verwahrer sein Recht „im Wege Rechtens" beweisen muss, nicht aber, dass er dies nicht einredeweise thun dürfe. Ähnlich aber Nippel III S. 263, Winiwarter IV S. 156.

34 Und § 971 für den Leihvertrag darüber schweigt.

35 Eben deshalb durfte die Bezeichnung „fremde Sache" in die wissenschaftliche Definition (oben N. 2) trotz § 957 nicht aufgenommen werden. Insoferne ist die Begriffsbestimmung des Lagerhausgesetzes v. 28. April 1889, R. G. B. 64, § 1 („Aufbewahrung für fremde Rechnung"), welche Adler S. 9 tadelt, besser als die des § 957.

§ 39.

3. In der causa der „Übernahme in Obsorge" liegt die Abgrenzung des Verwahrungsvertrages gegen andere Geschäfte.

Wo immer also die „Obsorge" in dem dargelegten Sinne den wesentlichen Zweck des Vertrages bildet, liegt ein Depositum vor, und aus dem Verwahrungsvertrage an sich ergibt sich keine andere Pflicht, als die zur „Obsorge". Aber Verwahrungsvertrag bleibt das Rechtsgeschäft doch auch dann, wenn der Verwahrer im Vertrage daneben noch gewisse andere Verrichtungen übernimmt, so lange diese gegenüber jenem ersten nur als Nebenzwecke erscheinen.[1]

Wo, umgekehrt, ein Obligationsverhältnis durch eine andere causa beherrscht wird, liegt kein Depositum vor, sondern das durch diesen anderen Geschäftszweck charakterisierte Verhältnis, mag es auch dessen Natur mit sich bringen, dass der eine Contrahent dem anderen eine Sache „anvertrauen", und dieser demzufolge für gehörige „Verwahrung" (custodia) der Sache einstehen muss. Die juristische Betrachtung dieser Fälle darf aber auch nicht einheitliche Verhältnisse
Zusatz. zerreißen und da von einer **Verbindung eines depositum mit einem anderen Obligationsverhältnisse** sprechen.

Die Geschäftscausa bleibt nun dieselbe, mag die Verwahrung unentgeltlich oder entgeltlich übernommen werden. Das a. b. Gb. hat deshalb auch die Aufbewahrung gegen Lohn (§ 969) — mag der Lohn in Geld oder anderen Vortheilen bestehen — unter den Begriff des Verwahrungsvertrages nach § 957 einbezogen.[2]

Im Einzelnen unterscheidet sich demgemäß der Verwahrungsvertrag

a) vom Leihvertrag[3] dadurch, dass hier ein „utendum

---

[1] Es ist deshalb allzu scharf ausgedrückt, wenn man, so wie z. B. Stubenrauch II S. 153 (vgl. auch Brinz II S. 263), sagt, die Verpflichtung des Übernehmers „dürfe nur auf die Verwahrung" gerichtet sein.

[2] Das a. b. Gb. hat hier, ebenso wie Pr. L. R. I, 14 §§ 17, 48, das römische Recht nicht aus Missverständnis (wie Suarez bei Koch III S. 444 f. zugemuthet ist) aufgegeben, sondern in Anlehnung an die natürlichere Auffassung des deutschen Rechts (vgl. Stobbe l. c. S. 227 ff.). Platner, Deutsche Ger. Ztg. 1863 S. 50 (bei Gruchot S. 793) bemerkt sehr richtig, dass diese „jedenfalls angemessener, als bei unentgeltlicher Verpflichtung das Depositum und Mandat als zwei verschiedene Verträge hervorzuheben, bei entgeltlicher Verpflichtung aber diese verschiedenen Verpflichtungen dem allgemeinen Begriffe der locatio conductio resp. des Innominatcontractes unterzuordnen." S. auch Rocholl u. Niedner l. c. S. 248 zu § 615, L. Goldschmidt Erörter. z. Entw. I S. 99 und gegen die abweichende Meinung von Schuster l. c. S. 195 f., Rippel Material. I S. 142 f. Ein wichtiger Fall des entgeltlichen Depositums ist das Lagerhausgeschäft; Cohn S. 909 N. 38, Adler S. 100.

[3] Das Precarium kommt (s. oben § 36) schon deshalb nicht in Betracht, weil bei demselben jede rechtsgeschäftliche

dare“,[4] dort ein „custodiendum dare“ die causa des Geschäftes bildet. Wenn und so lange aber die custodia der principale Zweck eines Vertrages ist, bleibt dieser Vertrag ein Depositum, mag auch gelegentlich, insbesondere etwa als Lohn (§ 969), dem Verwahrer ein gewisser Gebrauch der hinterlegten Sache gestattet werden.[5] Nur, wo die Absicht dahin geht, diesen Gebrauch zum Hauptzwecke der Überlassung der Sache zu machen, geht das Verhältnis in ein Commodat über; und nur auf diese Fälle zielt § 959 ab,[6] der sonst geradezu mit § 969 in Widerspruch stünde.

Von praktischen Consequenzen der Subsumtion unter den einen oder anderen Vertragsbegriff sei hier nur auf die entgegengesetzten Normen des Commodats und des Depositums bezüglich der Rückstellungsfrist (§ 976 und § 962) oder des Ersatzes für Impensen (§ 981 und § 967) hingewiesen.[7]

b) Die Sachmiete grenzt sehr nahe an den (entgeltlichen) Verwahrungsvertrag in den Fällen, wo ein Locale, ein Raum zur Aufbewahrung von Sachen des Mieters in Bestand genommen wird. Entscheidend für die Abgrenzung gegen das Depositum ist hier,[8] ob lediglich der Raum überlassen wird, in welchem dann der Eigenthümer selbst für die Sicherheit seiner Sachen sorgt, oder ob derjenige, welcher den Raum für die Sachen des anderen gewährt, auch die Verpflichtung übernimmt, für deren Sicherheit in demselben das Nöthige zu besorgen.[9] Im ersteren Falle liegt ein Bestandvertrag, Lagermiete vor, in letzterem ein Hinterlegungsvertrag.[10] Aus

---

Absicht fehlt. — Über Leihe eines Raumes s. unten N. 8.

[4] Vgl. oben S. 188. Eine Abgrenzung gegen das Darlehen, gleichfalls ein „utendum dare“ (oben § 2), ist von Interesse nur für das depositum irregulare, worüber unten § 51.

[5] Umgekehrt kann bei wirklichem Leihvertrag das Motiv, seine Sache für die bestimmte Zeit zu versorgen, mitspielen; vgl. oben S. 210. — Ein gewisser Gebrauch kann sogar, als zur custodia nothwendig, Pflicht des Verwahrers sein.

[6] Vgl. unten S. 357 f. Rippel l. c. S. 144 f. Neustetel Untersuchungen I S. 23 f., Schmid, Arch. f. d. civ. Prax. XXX S. 99 f.

[7] Vgl. Rippel l. c. S. 143 f.

[8] Im römischen Recht giebt schon das mehr äußerliche Merkmal der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit den Ausschlag (L. 1 §. 8 D. h. t.) — Das im Texte bezeichnete Verhältnis besteht übrigens auch zwischen unentgeltlicher Überlassung eines Raumes und unentgeltlicher Übernahme der custodia; ersteres ist Commodat, letzteres Depositum.

[9] Vgl. oben S. 283.

[10] Für die römischen Juristen handelte es sich (bei Entgeltlichkeit des Geschäftes) um den Gegensatz zwischen locatio conducto rei und operarum; die „Custodiamiete“, wie sie z. B. bei der Einlagerung in die römischen „horrea“ vorkam, fällt daher begrifflich unter die letztere Kategorie (vgl Bruckner l. c. S. 222 ff.; Windscheid II § 401 N. 21. Doch scheinen die horrearii auch wirkliche Lagermieten abgeschlossen zu haben; vgl. das Formular bei Bruns Fontes S. 270 f.

diesem Grunde ist das regelmäßige Lagerhausgeschäft als Depositum zu betrachten.[11] Doch ist zu beachten, dass auch bei wirklicher Übernahme der vollen „Obsorge" gleichwohl Vereinbarungen über den den deponierten Objecten zugedachten Raum, oder über ein nach Verhältnis des in Anspruch genommenen Raumes zu entrichtendes Entgelt, getroffen werden mögen. Aus diesen Umständen allein kann also noch kein Schluss gegen das Vorliegen eines Depositums und zu Gunsten eines Mietvertrages gezogen werden.[12]

Über die praktischen Verschiedenheiten beider Verhältnisse — man denke nur an die Normen für die Aufkündigung der Miete, oder das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, sowie an die den Bestandstreitigkeiten eigenthümlichen Processformen — bedarf es nicht vieler Worte. Nur ein aus dem Gesagten sich ergebender Unterschied in den Rechtsfolgen sei besonders betont. Der Depositar nimmt die hinterlegten Objecte in seinen selbständigen Gewahrsam, der Vermieter überläßt einen Raum, in welchem der Mieter selbst seine Sachen verwahrt. Daher erlangt Besitzrechte bezüglich des Raumes, in welchem seine Sache liegt, zwar der Mieter, niemals aber der Hinterleger.[13]

c) Mit dem Mandatsvertrage hat der Verwahrungsvertrag die Besorgung fremder Geschäfte als Zweck gemein. Besteht nun diese Besorgung wesentlich nur in der „Obsorge" für die physische Sicherheit einer körperlichen Sache, so fällt der Vertrag unter den Begriff des Verwahrungsvertrages,[14] während der Zweck des Mandats-

---

11 Vgl. Cohn S. 909 und die das. N. 38 Citt. Auch das Lagerhausges. v. 28. Apr. 1889, R. G. B. 64, bezeichnet in § 1 das Lagerhausgeschäft als „Aufbewahrung von Waren" und nennt wiederholt (z. B. §§ 17, 18, 27, 29) den Einlagerer „Hinterleger"; vgl. Adler S. 100 f. Zweifellos aber kann ein öffentliches Lagerhaus auch reine Mietverträge über seine Localitäten abschließen (s. Adler S. 146); so stellt das Reglement f. d. öff. Lagerhaus u. Freilager der „I. österr. Actiengesellschaft f. öff. Lagerhäuser" in Wien § 69 die „mietweise Überlassung besonderer Abtheilungen (Cabinen)", das Regolamento der „Magazzini generali" in Triest § 42 „riparti posti a disposizione per essere ceduti in via di locazione al uso di depositi particolari" in Aussicht. Das erstcitierte Reglement § 70 gibt ganz im Sinne des Textes das unterscheidende Merkmal dieser „Lagermiete" gegenüber dem lagerhausmäßigen Depositum dahin an, dass es bei ersterer Sache des Einlagerers selbst sei, „sein Lager, obgleich die Cabine sich im Rayon des Lagerhauses befindet, unter festem Schloss und Riegel zu halten." — Das Lagerhausdepositum steht übrigens unter einer Reihe von dem allgemeinen Privatrechte abweichender Normen, deren Darstellung ex professo nicht hieher gehört, da das Lagerhausgeschäft in das Gebiet des Handelsrechts fällt; vgl. § 6 Lagerhausges., Adler S. 7 f.

12 So bei der Spielart des Lagerhausgeschäftes, welche Adler S. 145 als „Mietlagergeschäft" zum Unterschiede von „Lagermiete" bezeichnet.

13 Vgl. Slg. 12872; dazu Pfersche Österr. Sachenr. I S. 77.

14 Über das Verhältnis zum Man-

vertrages stets darüber hinaus gehende, nicht zur „custodia" gehörende, Geschäfte umfaßt; vgl. § 960.[15] Doch ist auch diese Grenze eine fließende. Die Verbindung der Hinterlegung mit dem Auftrage zu einzelnen, auf die zu verwahrende Sache bezüglichen, Geschäften hebt den Charakter des Verhältnisses als Depositum nicht auf, so lange die „custodia" eben der Hauptzweck bleibt[16] und die Überlassung der Gewahrsame der Sache nicht umgekehrt bloß als Consequenz jener Aufträge erscheint.[17]

d) Ganz dasselbe ist über den Lohnvertrag (locatio conductio operarum) zu sagen. Auch dieser hat die Besorgung fremder Geschäfte zum Zweck. Welche Gattungen von Geschäften das Gebiet des Lohnvertrages und welche das des Mandats nach österreichischem Rechte ausmachen, kann hier dahingestellt bleiben.[18] Dem Verwahrungsvertrage gegenüber liegt jedenfalls, wie für das Mandat, die Grenze dort, wo es sich um Dienste handelt, welche wesentlich über die bloße custodia hinaus gehen,[19] oder aber — wie hier beigefügt werden muss, nicht bis zur vollen custodia heranreichen. Die Bestellung eines Wächters, dessen Dienste also in der

dat s. auch oben § 38 N. 11 und unten bei N. 20, dann Slg. 12532, 8611.

[15] Daß diese in § 960 bei Gelegenheit des Immobiliardepositums gezogene Grenze allgemein gilt s. oben S. 285, N. 22. Die ganze Bestimmung beruht aber deshalb doch nicht, wie Adler S. 101 N. 4 sagt, auf einem „Redactionsversehen."

[16] Deshalb ist das sog. „Depositum zur Verwaltung" der Banken (vgl. z. B. Statuten d. österr.-ungar. Bank, R. G. B. 1887 Nr. 3. Art. 59c) ein wirkliches Depositum (vgl. dazu unten N. 34), wenngleich der Bankier den Auftrag zur Besorgung gewisser — für die österr.-ung. Bank z. B. neuestens in der Vdg. v. 21. Juni 1893, R. G. B. 103 §. 6 aufgeführter — Geschäfte, wie der Encassierung der Zinsen und Dividenden, der Überwachung von Verlosungen oder Amortisierungen der hinterlegten Wertpapiere u. dgl. übernimmt (vgl. Dernburg Pr. R. § 211 N. 3. Cohn S. 902 f., Hübner Banken S. 57 f.); desgleichen das Lagerhausgeschäft, obgleich die Warrantierungspflicht mit demselben verbunden ist.

[17] So in dem Falle Slg. 8611 oder der L. 1 § 12 D. h. t., in welchem daher der Jurist mit Recht kein depositum erblickte (vgl. auch unten N. 19). — Ähnlich, wenn der Frachtführer „Güter, deren Beförderung nicht sofort erfolgen kann, in einstweilige Verwahrung" nimmt: §. 55 Z. 2 Betriebsreglement v. 10. Dec. 1892, R. G. B. 207.

[18] Darüber wird unten im 4. Cap. zu handeln sein.

[19] Für das römische Recht lag hier, anders als bezüglich des Mandats, die Scheidelinie schon in der Unentgeltlichkeit des Depositums. — Kein Verwahrungsvertrag also, wo eine Sache zum Zwecke einer Reparatur anvertraut erscheint, so richtig Slg. 6126 (unrichtig in der Motivierung Slg. 2784), wohl aber bei der Übergabe an einen Kürschner, der zwar nicht bloß die Pelzsachen „aufzubewahren", aber doch nur solche weitere Besorgungen zu prästieren hat, welche die „Obsorge" für den Schutz derselben gegen Verderb (vgl. oben §. 38 N. 7) erfordert; vgl. Zeiller III S. 206, Winiwarter IV S. 167, a. M. Förster-Eccius II S. 237 N. 13. Nach römischem Rechte freilich konnte der „fullo" nicht als Depositar gelten, da er Lohn bezieht.

That lediglich auf die Sicherheit einer Sache abzielen, ist dennoch kein „Verwahrungsvertrag", wenn und weil die Sache nicht dessen selbständiger Gewahrsame anvertraut wird,[20] sondern in der Detention des Herrn bleibt.

e) Die Verschiedenheit der causa eines Pfandvertrages und eines Depositums — dort die Sicherstellung des Empfängers (des Faustpfandes), hier die Sicherung des Übergebers (des Depositums) — ist an sich klar; gewiß auch, daß der Name „Depôt", welcher im Verkehre dem Geschäfte beigelegt wird, an dem rechtlichen Wesen des Verhältnisses nichts ändert.[21] Wohl aber bietet im concreten Falle nicht selten die Frage der juristischen Beurtheilung Schwierigkeit, welcher dieser beiden Zwecke dem Geschäfte zu Grunde liegt; vor allem deshalb, weil auch echte „Depositen", d. i. Wertobjecte, die zunächst nur zum Zwecke ihrer Aufbewahrung dem Empfänger anvertraut sind, thatsächlich die Grundlage einer Creditgewährung des Depositars an den Deponenten bilden, in diesem Sinne also zugleich als Sicherstellung (Deckung) des Empfängers dienen können.[22]

Zusatz. Die Frage nach der **Verbindung eines depositum mit einem anderen Obligationsverhältnisse** ist durch die Wahrnehmung veranlaßt, daß diejenige Verbindlichkeit, welche das Wesen des Hinterlegungsvertrages ausmacht, die Pflicht zur custodia einer Sache, den Gegenstand auch vieler aus anderen Verträgen, oder aus ganz verschiedenem Rechtsgrunde, entspringender Ansprüche bildet.[23] So besteht

[20] Diese Unterscheidung (vgl. dazu Reatz l. c. S. 540 N. 15), die übrigens auch gegenüber dem Mandatsvertrage in Betracht kommen kann, hat schon Rudhart, Systemat. Eintheilung d. Vertr. S. 139 sehr gut hervorgehoben; vgl. auch die Ausführungen von Strohal Jahrb. f. d. Dogm. XXIX S. 357 ff. über den Gegensatz „selbständiger" und „unselbständiger Inhabung." — Eben aus dem im Text berührten Grunde kann die Obhut über Menschen (Kinder, Wahnsinnige ꝛc.) niemals Gegenstand eines „Verwahrungsvertrages," sondern nur eines Mandats- oder Lohnvertrages sein, wenngleich das Gesetz gelegentlich von „Obsorge" über Kinder und Pflegebefohlene spricht (§§ 195, 217, 1309), da von Besitz und Inhabung an Menschen nicht die Rede ist. Zeiller III S. 194 scheint da gleichwohl ein Depositum für möglich zu halten.

[21] So sprechen schon die römischen Juristen von „deponere pignus" (vgl. Paul. S. II, 5 §. 1, V, 26 §. 4, L. 36 D. de cond. indeb. 12, 6. L. 7 D. de stip. praet. 46, 5, dazu Eisele Ztschr. f. schweiz. R., N. F. III S. 43), sowie im Handelsverkehr auch heute die Verpfändung von Wertpapieren als „in Depôt geben" bezeichnet wird; vgl. unten § 54 N. 1, Thöl Handelsr. § 314 N. 1, Dernburg Pr. R. § 211 N. 4, Pfaff Geld als Mittel S. 19, Slg. 5011. Das sächs. Gb. §. 1279 läßt merkwürdiger Weise die „Hinterlegung zum Zwecke der Sicherstellung" nur bei nicht vertretbaren Sachen als Pfandgeschäft gelten; vgl. gegen die Vermischung von Pfandvertrag und Depositum jetzt auch Oertmann Arch. f. d. civ. Prax. LXXIX S. 263 ff.

[22] S. darüber, sowie über die irrige Vorstellung, daß in jeder Pfandbestellung ein Verwahrungsvertrag stecke, unten im Zus.

[23] Vgl. Brinz P. II §§ 268, 269, Bruckner l. c. S. 206—253, Cohn

zweifellos eine Pflicht zur „Obsorge", „Verwahrung", „custodia" für den Verkäufer (§ 1061), den Mieter, den Lohnarbeiter, den Mandatar (§ 960), den Commissionär, den Spediteur, den Frachtführer, den Pfandgläubiger (§ 1369) und manche andere Schuldner „ex contractu", aber auch z. B. für den Geschäftsführer ohne Auftrag, der „quasi ex contractu", oder den bonae fidei possessor (§ 338) und den Finder (§ 390) einer Sache,[24] welche aus dinglichen Ansprüchen verhaftet sind. Im classischen römischen Rechte mag sich nun das wahre depositum von diesen Fällen schon dadurch abgehoben haben, dass es stets „Freundesgeschäft", und deshalb die Haftung des Depositars eigenthümlich normirt blieb.[25] Für das heutige, insbesondere das österreichische Recht ist der „Verwahrungsvertrag" ein Geschäft des wirtschaftlichen Verkehres, wie alle anderen. Er wird auch entgeltlich geschlossen, ja er kann als Handelsgeschäft die Grundlage eines kaufmännischen Gewerbetriebes bilden.[26] Deshalb bietet die Scheidung desselben von anderen Geschäften größere Schwierigkeiten, und diese wieder legen den Gedanken nahe, es beruhe diese Abgrenzung überhaupt auf theoretischer Subtilität; der Standpunkt des Gesetzes sei ein ganz anderer. Der Zweck der „Obsorge über eine fremde Sache" sei eben eine causa von allgemeiner Bedeutung — so wie etwa die causa der Schenkung —, welche in den verschiedensten Rechtsgeschäfts- und sonstigen Verkehrsverhältnissen zur Realisirung gelangen könne, und überall wo dies thatsächlich geschieht, wo also ein Rechtsverhältnis eine „custodia" mit sich bringt, sei dies Verhältnis stets in so weit den Normen unterworfen, welche das a. b. Gb. für den „Verwahrungsvertrag" aufstellt.[27] Dies der — freilich niemals in bewusster Klarheit ausgesprochene — Gedanke, welcher der bei unseren Commentatoren,[28] ganz besonders aber in unserer Judicatur beliebten Auffassung zu Grunde liegt, dass mit einem Lohnvertrage, einem Pfandvertrage, einem Mandatsvertrage u. dergl. stets zugleich ein „Verwahrungsvertrag" bezüglich der dem Arbeiter, Pfandgläubiger, Mandatar ꝛc. anvertrauten Sachen „verbunden" oder „in jenem enthalten" sei.[29] Und doch erweist sich diese Vorstellung bei näherem Zusehen als

S. 885 und für das österreichische Recht besonders Krainz II, 2 S. 266 f., auch Unger II S. 246.

[24] A. A. scheint bezüglich des Finders Stubenrauch II S. 152.

[25] Vgl. Brinz P. II S. 608 und S. 257 N. 21.

[26] S. das oben N. 2 und N. 11 über das Lagerhausgeschäft Gesagte; vgl. H. G. B. Art. 290 und über das bankmäßige Depositum unten S. 363 f.

[27] In wie weit diese Auffassung für das receptum cauponum zutrifft s. unten § 56 N. 20.

[28] So scheint Zeiller III S. 207 die Sache aufzufassen, wenn er bei entgeltlichem Depositum (§ 969) „zugleich" „die Vorschriften über den Bestandvertrag" für anwendbar erklärt. S. auch Zeiller II S. 271 und dagegen Pfaff Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherstell. S. 38 N. 80. Auch Muther l. c. S. 33 spricht von einem „aus Depositum und Mandatum gemischten" Vertrage, ähnlich Reinhold D. Zurückhaltungsrecht S. 18 ff, S. 30; vgl. auch Schubert-Soldern D. Sequestration S. 88, S. 96; hingegen hebt Cohn S. 808 hervor, es sei „irrig, überall, wo eine Pflicht zur custodia vorliegt, ein depositum anzunehmen."

[29] So heißt es in den oberstgerichtlichen Gründen Slg. 2894, der Pfand-

falsch. Um davon ganz zu schweigen, dass das a. b. Gb. im 19. Hptstk. des II. Th. eben vom „Verwahrungsvertrage", nicht aber von der „Verwahrung" handelt; praktisch entscheidend ist, dass eine Reihe der in diesem Hauptstücke für den Verwahrungsvertrag gegebenen Normen im Sinne des Gesetzes gewiss keine Anwendung leidet auf solche Verhältnisse, deren ganzes Wesen nicht durch die Pflicht zur custodia, sondern durch eine andere causa beherrscht wird. So vor allem die Behandlung des Geschäftes als Realcontract, bezw. der dem „Anvertrauen" der Sache vorhergehenden Vereinbarung als bloßes pactum de contrahendo (§ 957),[30] die Berechtigung zu vorzeitiger Rückforderung (§ 962), die Versagung des Sachbesitzschutzes für den Verwahrer (§ 958), die Regelung der Ersatzansprüche desselben für Impensen (§ 967), der Ausschluss jedes Retentions- oder Compensationsrechtes,[31] oder die Präclusion der gegenseitigen Ansprüche nach § 967 a. E.[32] In Wahrheit steht es hier also ganz so, wie sich das bezüglich der causa credendi für das Darlehen gezeigt hat.[33] Der Vertrag, dessen causa sich in der custodia einer Sache erschöpft, ist ein Depositum; bei jedem anderen Obligationsverhältnisse aber, dessen causa eine andere ist, kann von einem Verwahrungsvertrage, oder auch nur einer Verbindung mit einem solchen nicht die Rede sein, mag auch die Realisierung dieses anderen Geschäftszweckes das Anvertrauen einer Sache notwendig machen.[34] Richtig ist an der hier verworfenen Anschauung nur so viel, dass für den Inhalt der Obsorgepflicht (custodia), wie sie bei mannigfachen Obligationen in Betracht kommt, naturgemäß vor allem die Analogie gerade der Rechtssätze maßgebend sein wird, welche im Gesetze für den Hinterlegungsvertrag, als denjenigen Vertrag, der sich gleichsam ex professo mit der custodia befasst, ausgesprochen sind,[35] so

---

vertrag „schließe einen Verwahrungsvertrag in sich", Slg. 2784, der Handwerker sei „Verwahrer" der ihm zur Reparatur anvertrauten Sache, Slg. 6531, der Mandatar, welcher Geld behufs Leistung von Zahlungen an Gläubiger des Mandanten empfangen habe, sei „als Depositar im Sinne des § 957 und nur insoferne als Gewalthaber anzusehen, als er den Auftrag hatte, es dem Gläubiger einzuhändigen", Slg. 8780, der Verkaufscommissionär sei Depositar der ihm zum Verkauf übergebenen Ware; ähnlich die 1. Instanz in Slg. 6126 („ein solcher Dienstvertrag ist jedoch nebenbei ein Verwahrungsvertrag") und Slg. 8611, während in diesen beiden Fällen die 3. Instanz richtig urtheilte.

[30] Dass die Pflicht zur custodia — auch bei anderen Obligationsverhältnissen — stets erst mit der thatsächlichen Übernahme der Sache beginne, ist allerdings wahr, aber daraus folgt nicht, dass die vorhergehende Verpflichtung zu dieser Übernahme, sowie dies § 957 für das Depositum normiert, als Vorvertrag nach § 936 beurtheilt werden müsse.

[31] Vgl. darüber unten § 46.

[32] Vgl Slg. 13441 und 12532.

[33] Oben § 3.

[34] Der Gegensatz zwischen dem mit „Verwaltung" verbundenen Depositum und der mit einem Mandat verbundenen „Verwahrung" kommt charakteristisch zum Ausdruck in der Vdg. v. 17. Nov. 1892 R. G. B. 224 § 2. — Das im Text Gesagte anerkennen auch die D. Mot. II S. 570 und sie halten es, m. E. mit Recht, für „entbehrlich und bedenklich", das im Gesetze, so wie etwa im Sächs. Gb. § 1262, ausdrücklich auszusprechen.

[35] Für den Leihvertrag ist (§ 979) auf diese Analogie im Gesetze direct hingewiesen. Im übrigen handelt es sich eben nur um Analogie, d. h., es ist für

etwa der §§ 961, 964 und 965. — Eine ganz andere Frage ist nun aber die, in wieferne die Übergabe custodiae causa mit anderen causae concurrieren kann, derart, daſs sich zwei selbständige Geschäftstypen combinieren, deren jede ihre eigenthümlichen Rechtswirkungen aufweist. Dies läſst sich in verschiedener Weise denken. 1. Es ist möglich, daſs neben dem Depositum zwischen Hinterleger und Verwahrer ein zweites, davon ganz unabhängiges, Rechtsverhältnis besteht, welches sich mit jenem nur in dem Objecte berührt, so z. B. ein Conto-corrent- oder ein Commissionsvertrag, durch welchen dem „Depot" neue Gegenstände zugeführt oder Stücke aus demselben ausgeschieden werden mögen.[36] An der juristischen Natur dieses Depositums wird dadurch nichts geändert. — 2. Es kann ferner, nacheinander, ein Verwahrungsvertrag auf ein anderes Obligationsverhältnis folgen oder ein anderes Obligationsverhältnis auf den Verwahrungsvertrag, und zwar so, daſs durch eine neuerliche Vereinbarung das erste Verhältnis gelöst und das zweite an dessen Stelle gesetzt wird („Schuldverwandlung", „unechte Novation"); so beispielsweise, wenn die bereits tradierte Ware vom Käufer noch für gewisse Zeit dem Verkäufer zur Aufbewahrung überlassen wird,[37] oder wenn das hinterlegte Object dem Verwahrer als Pfand für eine später entstandene Schuld des Hinterlegers belassen wird.[38] — 3. Eine derartige Schuldverwandlung kann aber auch schon von vorneherein in Aussicht genommen sein, genauer gesagt, es kann zunächst etwa eine Sache zum Depositum gegeben, gleichzeitig aber schon bedingt ein anderes Verhältnis vereinbart sein,[39] bedingt insbesondere durch den Willen des Empfängers; so, falls dieser zunächst eine Sache zur custodia übernimmt, ihm jedoch die Erlaubnis gegeben ist, wenn er wolle, dieselbe entgeltlich oder unentgeltlich zu bestimmten Zwecken für sich zu gebrauchen, so daſs dann auf Grund jener bedingten Verabredung eine „Verwandlung" des Depositums in eine Miete oder ein Commodat eintritt.[40] Es ist klar, daſs auch in solchem Falle, trotz der Vereinigung beider Willenserklärungen in einem

---

jedes Verhältnis erst zu untersuchen, ob und in wie weit die einzelne für die custodia des Depositars gegebene Norm anwendbar erscheint.

[36] Es handelt sich also nicht um (relativ) nebensächliche Verpflichtungen, die der Depositar in dem Verwahrungsvertrage neben der Hauptpflicht der custodia übernimmt, wie bei dem oben (N. 16) berührten „Deposit zur Verwaltung", sondern um ein selbständiges Vertragsverhältnis neben dem Depositum, vgl. unten S. 374 f.; beides erscheint deutlich getrennt in § 6 und § 7 der oben citierten Vdg. v. 21. Juni 1893, R. G. B. 103.

[37] So in dem Fall Slg. 12532.

[38] Ein Fall, der namentlich bei Effectendepots von Bedeutung ist. Bei Immobilien, für welche die Gewahrsame des Gläubigers nicht zum Wesen des Pfandverhältnisses gehört, könnte allerdings ein Verwahrungsvertrag (§ 960) neben der Hypothek einhergehen, wie der Hypothekargläubiger gelegentlich auch Sequester des Pfandgutes werden kann.

[39] Vgl. auch Brinz P. II S. 603 N. 13.

[40] Dies der Fall, an welchen § 959 denkt; inwieferne damit das sog. depositum irregulare getroffen wird, darüber s. unten S. 359 f. Auch der ev. Übergang in ein Pfandrecht (oben N. 38) könnte in dieser Weise schon vorausbedungen sein.

Vertrag, doch beide durch dieſen begründete Obligationsverhältniſſe nicht wirklich zuſammentreffen, ſondern, weil das zweite eben nur bedingt gewollt iſt, ſtets nur das eine Obligationsverhältnis das andere ablöst, gerade ſo wie in den zu 2. beſprochenen Fällen. — Allerdings nun wird in concreto ſtets zu prüfen ſein, ob die beiden Geſchäftszwecke ſich wirklich in dieſer Weiſe ſcheiden laſſen, ſo daſs bis zu einem gewiſſen Zeitpunkte der eine, von da ab der andere als der allein maßgebende erſcheint. Nur, wenn dem ſo iſt, iſt auch die zeitliche Trennung der Rechtsverhältniſſe zutreffend. Nicht ſo, wenn der ganze Vorgang ſich als einheitlicher darſtellt. Dann kann nur eine causa das ganze Verhältnis beherrſchen;[41] denn eine Art „idealer Concurrenz" mehrerer Rechtsgeſchäfte in einem und demſelben thatſächlichen Verkehrsacte, eine Concurrenz alſo, vermöge deren ein und derſelbe geſchäftliche Thatbeſtand gleichzeitig den für zwei verſchiedene Geſchäftstypen ſtatuierten Rechtsnormen unterläge, läſst ſich nicht denken.[42] Die Frage kann vielmehr nur die ſein, von der am Anfange dieſes Paragraphen ausgegangen wurde, welches diejenige causa iſt, die dem Ganzen ſeinen rechtsgeſchäftlichen Charakter aufprägt, ob alſo insbeſondere eine Sache weſentlich zur „Obſorge" (ad custodiendum) einem anderen anvertraut wird — nur dann liegt ein Depoſitum vor —, oder zu einem anderen Zwecke, deſſen Erfüllung nur accidentell eine Obſorge über Sachen mit ſich bringt; „uniuscujusque enim contractus initium spectandum et

---

[41] So in dem Falle der berühmten L. 1 § 12 D. h. t.: Die „plenior" causa, d. h. der weiterreichende, auch die custodiae causa in ſich begreifende, entſcheidet den Charakter des Geſchäfts. Vgl. Dernburg Pr. R. II § 611 N. 4.

[42] Es wäre das eine ähnliche Erſcheinung wie die ſog. „Idealconcurrenz" von Delicten. Stubenrauch zu § 1004 N. 1 ſpricht in der That von einer ſolchen „idealen Concurrenz zweier Vertragsfiguren"! Dahingeſtellt nun, ob aus dieſem von der criminaliſtiſchen Wiſſenſchaft gebildeten Begriffe überhaupt klare Folgeſätze zu gewinnen ſind — vgl. über, bezw. gegen dieſen Begriff ſtatt aller neueſtens die Schrift von Heinemann d. Lehre v. d. Idealconcurrenz (1893), beſ. die Überſicht über die Entwicklung der herrſchenden Anſicht § 2 und § 3 —, ſo viel ſcheint gewiſs. Auf ſtrafrechtlichem Gebiete iſt es immerhin denkbar, falls in einer Handlung wirklich die geſetzlichen Merkmale zweier Delicte zuſammentreffen, auch die für jedes dieſer beiden ſtatuierten Straffolgen zu cumulieren. Nicht ſo auf dem Gebiete der civilen Rechtsgeſchäfte. Hier ſind die einzelnen Rechtsfolgen nicht formaliſtiſch an einen gewiſſen Thatbeſtand geknüpft, ſondern in organiſchem Zuſammenhang mit dem Verkehrszwecke dieſes Thatbeſtandes. Der Inbegriff der für eine beſtimmte causa gegebenen Normen verleiht dieſer ihre typiſche juriſtiſche Geſtalt; und, ſo wenig es angeht, die phyſiſche Materie gleichzeitig nach zwei Formen zu modeln, ebenſowenig kann ein Rechtsverhältnis zugleich nach zwei Typen geformt werden. Daher z. B. die längſt erkannte Unhaltbarkeit des Begriffes der „cumulativen Novation", welcher früher gerade in die Lehre vom depositum irregulare gerne hereingezogen wurde (ſ. z. B. Schaffrath Prakt. Abhandl. Nr. 14 S. 104, und dagegen Niemeyer Dep. irreg. S. 105). — Was neueſtens Heck, Arch. f. bürg. R. IV S. 33 f. (beſ. N. 46) über die „logiſche Möglichkeit" der „Einordnung desſelben concreten Geſchäfts unter mehrere Kategorien" ausführt, trifft doch nur in äußerlichem Sinne zu, und nur vermöge der auf ganz disparaten Eintheilungsgründen beruhenden Aufſtellung der „Kategorien", nicht aber, wenn man die Rechtsgeſchäfte nach dem einheitlichen Geſichtspunkte ihrer causae zu ordnen verſucht.

causam."[43] — Damit steht nun aber endlich 4. nicht im Widerspruch eine andere Erscheinung. Wie überhaupt der Abschluss eines durch eine bestimmte causa charakterisierten Rechtsgeschäfts durch mannigfache weitere Motive veranlaßt sein kann, so auch durch einen „entfernteren Zweck",[44] welcher selbst wieder juristisch-wirtschaftlicher Natur ist.[45] In seiner rechtlichen Qualität bleibt das Geschäftsverhältnis dennoch durch jene erste causa beherrscht, wenngleich diese „entferntere" unter Umständen auf seinen Bestand von Einfluss sein kann.[46] So geartet ist insbesondere das — für den Bankverkehr wichtige — „Depot zur Deckung". Verschieden von dem Falle, wo unter dem Namen eines „Depositi" eine Pfandbestellung[47] vorliegt (oben zu 2. und 3.), erfolgt die Hinterlegung von Geld oder Effecten bei einem Bankier nicht selten in erster Linie wirklich zur Aufbewahrung bzw. Cassahaltung,[48] somit als wahres depositum; dahinter aber steht für den Geber wie den Empfänger das Motiv, dass letzterer sich infolgedessen zur Creditgewährung an den ersteren herbeilassen werde,[49] weil er durch das Depot nun Werte des Deponenten in Händen hat, die ihm dadurch thatsächlich als Object der Execution gesichert sind oder ihm wenigstens unter Umständen als Object eines (kaufmännischen) Retentionsrechts[50] dienen können. Das zu Grunde liegende Obligationsverhältnis bleibt, dem Gesagten zufolge, vermöge seiner causa proxima gleichwohl ein echtes depositum.[51] Mag nun auch mitunter die Interpretationsaufgabe, welche die Scheidung aller dieser verschiedenen Gestaltungen dem juristischen Urteile stellt, eine schwierige sein, so bleibt diese Scheidung nichts desto weniger theoretisch und praktisch geboten und gar oft geht die Praxis irre, nicht weil sie diese Frage nicht zu lösen vermöchte, sondern nur, weil sie sich die Frage gar nicht vorlegt.

B.

Der Abschluss des Verwahrungsvertrages.

§ 40.

1. Vorverträge zu einem Depositum sind in dreierlei Art möglich. Das a. b. Gb. erwähnt in § 957 zwar bloß den einen,

---

[43] L. 8 pr. D. mand. 17, 1.

[44] Vgl. Hofmann Tit. und modus S. 100 ff.

[45] Vgl. z. B. Die „Deponierung" von Actien für die Generalversammlung einer Actiengesellschaft.

[46] Vgl. hiezu Lotmar Üb. causa S. 52 ff., Karlowa Rechtsgeschäft S. 174 ff.

[47] Vgl. über den weiten Umfang des Begriffs der kaufmännischen „Deckung" Goldschmidt Handelsr. I §§ 83, 96, Gareis Handelsr. (4. Aufl.) S. 618 ff.

[48] Vgl. unten S. 362.

[49] Vgl. Gareis l. c. S. 572 f., Endemann Handelsr. §§ 145, 146, Cohn S. 934 f.

[50] Das kaufmännische Retentionsrecht, auf welches hier nicht näher eingegangen werden kann, wird dem Depositar vermöge des Princips des Art. 313 Abs. 2 H. G. B. in der Regel zwar nicht zustehen (vgl. Goldschmidt l. c. S. 1046), aber es kommt auch hier und zw. nicht nur bei „Unsicherheit" des Deponenten, sondern auch dann in Betracht, wenn es als durch den Parteiwillen insbesondere zugelassen erscheint, und das dürfte gerade bei den hier besprochenen „Depots zur Deckung" anzunehmen sein.

[51] A. M. allerdings Cosack Handlsr. (1. Aufl.) S. 244; vgl. dagegen unten § 53 N. 30.

für den gewöhnlichen unentgeltlichen Verwahrungsvertrag allerdings auch einzig praktischen, Fall des einseitig zur Übernahme eines Depositums verpflichtenden Vorvertrages.[1] Allein, da der Verwahrungsvertrag auch gegen Entgelt geschlossen werden kann, so kann auch der Verwahrer ein materielles Interesse an dessen Zustandekommen haben; daher ist auch ein zweiseitig verbindliches pactum de deponendo denkbar, oder ein solches, welches bloß den Hinterleger zur Übergabe des Depositums verpflichtet.[2] Dies gilt z. B. für die Verabredung über die Einlagerung in einem Lagerhause,[3] ebenso aber für das depositum irregulare, welches gleichfalls beiden Theilen Vortheile bietet.[4] Die Verpflichtung zur Übernahme des Depositums erlischt, arg. § 962, insbesondere, wenn „ein unvorhergesehener Umstand" den Verwahrer „außer Stand setzte, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachtheil" aufzunehmen.

In einem gewissen Sinne ist aber auch das einseitig zur Übernahme verpflichtende pactum de deponendo von zweiseitiger Wirkung. Insoferne es nämlich den Verwahrer dazu verpflichtet, berechtigt es ihn auch, die nothwendigen Vorbereitungen zur Aufnahme des Depositums an dem bestimmten Termine zu treffen. Macht der andere Theil dann keinen Gebrauch von seinem Rechte, so hat er — analog. § 962[5] — den durch jene Vorbereitungen verursachten Schaden zu ersetzen.[6]

---

[1] Ähnlich, wie § 983 für das Darlehen nur des pactum de mutuo dando gedenkt; vgl. oben § 22 Z. 1. Über den Gegensatz zu den Fällen, wo vorerst nicht ein Vorvertrag, sondern ein anderes Obligationsverhältnis vorliegt, welches zur Übernahme einer custodia führt s. oben § 39 bei N. 30.

[2] Aus § 957 darf nicht a contrario geschlossen werden, dass nach österr. R. ein zweiseitiges pactum de contrahendo deposito ungiltig sei; so Cohn S. 889 N. 27, s. dagegen Adler S. 102 N. 8.

[3] Das öffentliche Lagerhaus ist allerdings regelmäßig schon kraft des Gesetzes (§ 9 Lagerhausges.) zur Aufnahme der lagerhausfähigen Waren verpflichtet; aber doch wohl allzu scharf behauptet auf Grund dessen Adler S. 102, der Vorvertrag „könne nur den Einlagerer binden".

[4] Vgl. unten S. 362 f. Interessant ist, dass der Cod. Ther. III, 6 Nr. 3 dieses Falles ausdrücklich gedachte.

[5] Die Analogie des § 962 ist genügend; es bedarf nicht erst der Hereinziehung eines in dem pactum zu suchenden Mandates (so D. Mot. II S. 570). Auch aus dem wirklichen Verwahrungsvertrage ist der Hinterleger, nach § 962, nicht verpflichtet zur Belassung des Depositums bis zur bedungenen Zeit, aber ersatzpflichtig, wenn er von seinem Rechte vorzeitiger Rückforderung Gebrauch macht (vgl. unten S. 317). Bei dem pactum de deponendo muss allerdings, im Sinne § 936, auch diese Ersatzpflicht entfallen, wenn „die Umstände inzwischen dergestalt verändert" sind, dass der Vorvertrag als erloschen gelten muss. — Hatte die vorhergehende Beredung nicht einmal die Kraft eines „Vorvertrages" (s. oben S. 284), so kann wegen der in Erwartung der Hinterlegung etwa gemachten Auslagen nicht schlechthin auf Grund § 962 Ersatz gefordert werden, sondern nur, falls diese Erwartung von dem anderen Theile culposer Weise erweckt worden wäre (arg. § 874).

[6] Aber nicht ohne weiteres den be-

2. Wie jeder Realcontract kommt der Verwahrungsvertrag durch „res“ und „consensus“ Zustande; der obligatorische Vertrag liegt in der Einigung über die causa (custodiendi) der Übergabe.[7] Es kann aber

a) die Übergabe der Sache in die Gewahrsame des Depositars nicht bloß eine Übergabe „von Hand zu Hand“ sein, sondern auch eine Übergabe „durch Erklärung“ (§ 428);[8] auf diesem Wege kann sich insbesondere die Übergabe vollziehen, falls sich die Sache auf Grund irgend eines anderen Obligationsverhältnisses schon in der Inhabung desjenigen befindet, der sie nunmehr, nach Beendigung des bisherigen Verhältnisses, lediglich zur Verwahrung behalten soll.[9] Der Verwahrungsvertrag entsteht dann, ohne sichtbaren realen Vorgang, scheinbar ohne „res“, durch bloße „Schuldverwandlung“ (unechte Novation).[10]

b) Mehrere Sachen können Gegenstand eines Verwahrungsvertrages sein[11] — im Gegensatze zur selbständigen Deponierung der einzelnen Stücke, durch welche ebensoviele Verwahrungsverträge begründet werden sollen.[12]

c) Die Consens-Erklärung ist gesetzlich an keine bestimmte

---

dungenen Lohn, wie Cohn S. 889 meint; dieser wird jedenfalls „durch etwaige andere Benützung der Räumlichkeiten und die Ersparung an Übernahme- und Verwahrungskosten gemindert“: Adler, Jahrb. f. d. Dogm. XXXI S. 208. Vgl. auch Sächs. Gb. § 1261.

[7] Über das Verhältnis von „res“ und „consensus“ s. oben § 4 S. 40. Die Einigung über die datio custodiae causa involviert schon, ohne dass das besonders gesagt zu sein brauchte, dass der Übernehmer bloß detentor alieno nomine der Sache (§ 958) und zur Rückstellung (in specie) verpflichtet sei.

[8] Symbolische Tradition kann hingegen als solche nicht genügen; dies hat die 2. Instanz in dem Falle Slg. 2800 (vgl. auch Slg. 2926) richtig erkannt, aber sie übersah, dass in der Übergabe der Schlüssel die thatsächliche Übergabe der Gewahrsame bezüglich der in einem Raume versperrten Sachen liegen kann, wenn dieser Raum an sich unter der Obhut des Übernehmers steht.

[9] Vgl. Code Art. 1919: ... „la tradition feinte suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent a lui laisser à titre de dépôt“. So, wenn die aus einem Kaufe geschuldete Ware (nach deren Tradition) im Depositum des Verkäufers bleibt, Slg. 12532; oder wenn (vgl. noch unten S. 385 f.) der Mandatar die commissionsweise für den Committenten erworbenen Effecten für diesen „ins Depot“ nimmt, Slg. 8038.

[10] Vgl. oben § 11; gegen die Auffassung derartiger Fälle bei Hruza Lehre v. d. Novation S. 37 ff. sei nur auf Unger in Grünhuts Ztschr. XV S. 554 und S. 556 f. N. 5 u. 6 verwiesen. — Über den Unterschied zwischen dieser „Schuldverwandlung“ und verwandten Erscheinungen s. oben § 39 Zus. — Über die Aufhebung des Verwahrungsvertrages durch Schuldverwandlung s. unten S. 339.

[11] Über die Haftung für Früchte und Accessionen s. unten S. 319. Vgl auch hier N. 18, 19.

[12] Bezüglich des praktischen Unterschiedes (Berechnung der Frist des § 967, Unzulässigkeit teilweiser Rückstellung) s. das oben S. 215 über das Commodat Gesagte.

Form gebunden;[13] sie kann namentlich auch stillschweigend erfolgen. Aber wesentlich bleibt auch dann die Übergabe und Übernahme zur „Obsorge". So wenig also dadurch ein Verwahrungsvertrag entsteht, dass jemand einseitig eine fremde Sache in seine Gewahrsame nimmt,[14] ebensowenig wird ein solcher schon dadurch begründet, dass eine Person Sachen thatsächlich in die Gewahrsame, unter den Verschluss einer anderen bringt.[15] Ja selbst, wenn der letztere davon Kenntnis erlangt, kann der Regel nach sein Schweigen nicht als Übernahme der Obsorge gedeutet werden.[16] Ob und in wie weit in solchen Fällen eine außercontractliche Haftung des Empfängers für custodia besteht, ist eine andere Frage, auf welche hier nicht näher einzugehen ist.[17]

Andererseits braucht die „Übernahme" nicht eine sozusagen specificierte zu sein; sie kann auch so erfolgen, dass ein verschlossenes Behältnis irgend welcher Art in Verwahrung gegeben wird, ohne dass der Verwahrer dessen Inhalt zu kennen brauchte. Seine Obsorgepflicht erstreckt sich gleichwohl auf diesen Inhalt;[18] nur der Umfang seiner Haftung erleidet dabei gewisse Modificationen.[19]

d) Was den Einfluss der Handlungsunfähigkeit eines der Contrahenten anbelangt, so kann hier auf die für den Leihvertrag entwickelten Grundsätze verwiesen werden.[20] Aus diesen Grundsätzen

---

13 Über die Giltigkeit des Erlages zu Gerichtshanden trotz Unterbleibens der vorgeschriebenen Formalitäten s. Slg. 7727; über die Bedeutung der Ausstellung eines Depotscheines unten S. 322.

14 Vgl. Schuster, Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1828, II S. 194 f., Stubenrauch II S. 152.

15 Sei es lediglich um sie dort in Sicherheit zu wissen, sei es — wie alltäglich zu beobachten — um damit eine Offerte zu einem die Sache betreffenden Rechtsgeschäfte zu verbinden, „zur Ansicht" oder „zur Probe".

16 Wenn in den in der vorigen Note erwähnten Fällen der Empfänger die betreffende Offerte nicht acceptiert, so ist darin noch keine stillschweigende Übernahme der custodia der ihm zur Ansicht gesandten Objecte gelegen. Vgl. Förster-Eccius II S. 325 f. N. 4, Bekker Zur Reform d. Besitzrechts S. 102, Gruchot S. 789 ff. Weitgehend in der Annahme stillschweigenden Consenses war Cod. Ther. l. c. Nr. 6; unrichtig ist es anderseits, dass ein stillschweigender Consens gar nicht in Betracht kommen könne (s. Slg. 2800). — Besonderes gilt in dieser Beziehung für das Receptum der Gastwirte; vgl. Cod. Ther. l. c. Nr. 5 und unten S. 400 f.

17 Die außercontractliche Haftung für Diligenz würde sich jedenfalls schon durch die verschiedene Beweislast (§ 1296, § 1298), aber auch dem Inhalte nach von der eines Depositars unterscheiden; so wäre namentlich die Übertragung der Sache in die Verwahrung eines Dritten nicht schlechthin (wie nach § 965) als culpa zu betrachten.

18 So hatte ausdrücklich Cod. Ther. l. c. Nr. 19 gesagt, doch geht dies auch aus dem Wortlaute des § 966 (1. Satz) hervor.

19 Der Depositar, der den Inhalt des Behältnisses nicht kennt, kann nicht für die gerade diesem Inhalte entsprechende Sorgfalt haften; vgl. unten S. 320 und über § 966 unten S. 324.

20 S. oben § 29, Z. 4.

folgt als Regel[21]: Das entgeltliche Depositum ist bei (beschränkter) Handlungsunfähigkeit des einen oder anderen Theiles ein negotium claudicans (§ 865); das unentgeltliche jedenfalls (relativ) ungiltig bei Handlungsunfähigkeit des Depositars, welcher hier nur eine „Last" übernimmt; ebenso aber nach § 865 bei Handlungsunfähigkeit des Deponenten, welcher mit dem Vortheile auch die Vertragspflicht zum Ersatz von Aufwendungen übernehmen müßte.[22] In all' diesen Fällen findet ein außercontractlicher Rückforderungsanspruch (condictio sine causa) bezüglich der hinterlegten Sache Platz.[23]

3. Hinterlegung zu Gunsten eines Dritten, d. i. die Übergabe einer Sache zur Verwahrung mit dem Beding, dass der Anspruch auf deren Herausgabe einer dritten Person gegen den Verwahrer zustehen solle,[24] ist nach Maßgabe des § 1019 wirksam.[25] Der

---

[21] Von den besonderen Fällen der Giltigkeit des Vertrages nach § 246, sowie der Haftung des Handlungsunfähigen nach § 248 kann hier abgesehen werden; vgl. darüber oben S. 76 und S. 219; vgl. auch Nippel VI S. 277.

[22] Die Haftung nämlich für Kosten und Schaden des Verwahrers nach § 967 und § 962. Eine Trennung der zwei Seiten des Vertrages — volle vertragsmäßige Haftung des Depositars, während der Deponent zu gar nichts verpflichtet wäre, wie dies z. B. Cod. Ther. l. c. N. 14, oder Code Art. 1925 bestimmt — läßt sich der allgemeinen Fassung des § 865 gegenüber (vgl. oben § 9 N. 26 u. 30) nicht behaupten.

[23] Vgl. L. 1 § 15 D. h. t. (dazu Pernice Labeo I S. 436 bei N. 46), Brinz P. II S. 610. Diese condictio sine causa hat, wenn auch ohne den Namen zu nennen, schon Nippel VI S. 277 erkannt; nur an außercontractliche Bereicherungsklage denkt wohl auch, sowie Code Art. 1926, das Pr. L. R. I, 14 §§ 56, 57, nicht aber, wie Jacobi D. Lehre v. d. nützlichen Verwendung S. 116 f. meint, an Giltigkeit des Verwahrungsvertrages. Über die Natur dieser condictio und ihr praktisches Verhältnis zur Contractklage s. oben § 29 Zus. — Ob die von einem Handlungsunfähigen hinterlegte Sache trotz Ungiltigkeit des Verwahrungsvertrages als dem Depositar im Sinne des § 367 „anvertraut" gelten kann, ist eine hier nicht zu erörternde, für das Sachenrecht wichtige Frage, für deren Verneinung wohl überwiegende Gründe sprechen dürften (Exner Rechtserw. durch Tradition S. 68, Randa Eigenthumsrecht I S. 348 f. geben keine Entscheidung der Frage; vgl. dazu Krasnopolski Schutz d. redlichen Verkehrs S. 33 ff.).

[24] So beispielsweise bei Einlagerung in Lagerhäusern für einen dritten Destinatär, Goldschmidt Handb. d. Handelsr. I S. 774; oder im Falle des Art. 343 H. G. B., dazu Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. VI S. 690 ff. (Die Hinterlegung bei Gericht nach § 1425 gehört nicht hieher, weil sie — s. unten § 49 — überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkte des Vertrages mit dem Depositar zu beurtheilen ist); vgl. auch den Fall Slg. 6126 und unten N. 26.

[25] Es geht nicht an, an dieser Stelle das ganze Problem des Vertrags zu Gunsten eines Dritten in Erörterung zu ziehen. So viel dürfte aber gegenwärtig feststehen, dass die Vorschrift des § 1019 zwar durchaus nicht alle — unter einander sehr verschiedenen — Arten von Verträgen zu Gunsten Dritter deckt (s. nur Hasenöhrl I § 34, Strohal in Grünhuts Ztschr. IX S. 89), dass jedoch § 1019, mag er auch ganz anderen Intentionen seine Entstehung verdanken (vgl. Ofner Grünhuts Ztschr. XVIII S. 313 ff.), jedenfalls den gesetzlichen Anhaltspunkt bieten kann und muss für die Anerkennung der Wirksamkeit derjenigen Gruppe, welche unter

Vertrag kann auch so gestaltet sein — und gerade dies sind die praktisch wichtigsten Fälle, für die auch das a. b. Gb. implicite (§ 968, § 1271) die Giltigkeit des depositum in favorem tertii anerkennt[26] —, daſs der Anspruch des Dritten auf Herausgabe des Depositums ein bedingter ist,[27] bezw., daſs je nach dem Ausfalle einer Bedingung der Verwahrer entweder dem Deponenten oder einem Dritten zur Herausgabe verpflichtet ist. Den Beweis des Eintrittes der Bedingung seines Anspruches hat dann dieser Dritte zu führen; und im Falle eines Streites darüber zwischen ihm und dem Hinterleger steht dem Verwahrer die gerichtliche Deposition nach § 1425 frei.[28]

Ob in einer derartigen Hinterlegung mit der Weisung der Herausgabe der hinterlegten Sache an einen Dritten eine unwiderrufliche Ermächtigung liegt, oder ein bis zu seiner thatsächlichen Ausführung durch den Erleger widerruflicher Auftrag,[29] ist eine Frage, welche nicht aus dem Rechte des Depositums, aber auch nicht abstract aus den

---

den Gesichtspunkt eines mandatum in favorem tertii fällt; vgl. Hasenöhrl l. c. Nr. I, Steinbach G. Z. 1877 Nr. 46, S. 182. Gerade die Hinterlegung einer Sache mit der Verpflichtung zur Herausgabe derselben an einen Dritten — ein Fall, in welchem schon das römische Recht dem Dritten unmittelbares Klagerecht gegen den Depositar gewährte (L. 8 C. ad exhib. 3, 42, in welcher allerdings Unger Jahrb. f. d. Dogm. X S. 48 f. keinen echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten findet), und auf welchen daher auch Cod. Ther. l. c. Nr. 36 Rücksicht nahm, — gehört nun nach der Auffassung des a. b. Gb. um so gewisser zu dieser im § 1019 begriffenen Gruppe, als die Hinterlegung ihr lediglich als Specialfall der „Empfehlungscontracte" erschien (vgl. oben S. 283). Dem Dritten steht daher nach § 1019 eine directe Klage sowohl gegen den Depositar als gegen den Deponenten zu. So auch Kirchstetter (2. Aufl.) zu § 1019, Stubenrauch II S. 155 (aber ohne Berufung auf § 1019); Ofner und Hasenöhrl ll. cc. erwähnen den Fall nicht (s. aber Hasenöhrl II S. 492), während Czyhlarz l. c. S. 673 f. (vgl. aber S. 693) denselben geradezu ausschließt, ähnlich wie Dolliner Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1836 I S. 164 ff.

[26] Daſs nach § 1271 der bei einem Dritten hinterlegte Wettpreis vom Gewinner gegen den Depositar eingeklagt werden kann, ist allgemein anerkannt; s. Zeiller III S. 670, Stubenrauch II zu § 1271, Arndts G. Z. 1861 Nr. 101 (civil. Schr. I S. 389), Krainz II, 2 S. 306, Slg. 5967.

[27] So, abgesehen von dem Falle der vorigen Note, z. B. durch den Tod des Deponenten (L. 31 § 3 D. de donat. 39, 5); durch das Obsiegen in einem Streit (Slg. 12123); so die Hinterlegung des Angeldes bei einem Dritten (Slg. 11625). Erfolgt freilich in derartigen Fällen der Erlag durch beide Interessenten gemeinsam, so gehören dieselben nicht unter den Gesichtspunkt des Vertrags zu Gunsten Dritter; s. unten § 48 N. 19.

[28] Denn regelmäßig ist er nicht bloß dem Dritten, sondern auch dem Hinterleger für die Befolgung der lex contractus verantwortlich, vgl. Slg. 7355, 7804, 8095; Hasenöhrl II S. 440.

[29] Über diesen Gegensatz s. oben § 10 N. 26; vgl. Ofner l. c. S. 328 ff. — Hand in Hand mit dieser obligationenrechtlichen geht die sachenrechtliche, juristisch somit ganz verschiedene, Wirkung der Hinterlegung, in welcher möglicherweise zugleich eine eventuelle Traditionsofferte an den dritten Destinatär liegt. So faſst (bei gerichtlicher Hinterlegung) das Verhältnis auch Zeiller IV S. 134 auf. Was gegen ihn Czyhlarz

Normen über Verträge zu Gunsten Dritter, sondern nur mit Rücksicht auf das dem Vorgange in concreto zu Grunde liegende Verhältnis zwischen dem Deponenten und jenem Dritten beantwortet werden kann.[30]

Nicht unter den Gesichtspunkt des Vertrags zu Gunsten Dritter fällt die gemeinsame Hinterlegung einer Sache durch zwei Personen, wenngleich dabei die eventuelle Restitution an einen von ihnen bedungen ist.[31] Ebensowenig aber ist das das entscheidende Moment bei einer Hinterlegung unter Verpflichtung zur Herausgabe des Depositums an den Überbringer eines auf den Inhaber lautenden Depotscheines. Die Entscheidung über die Zulässigkeit dieser Geschäftsform — welche übrigens wesentlich nur im Gebiete des Handelsrechts interessiert — gipfelt vielmehr in der Frage, ob die Schaffung einer Scripturobligation und insbesondere die Ausstellung eines Inhaberpapieres jedermann und auf Grund jedes beliebigen Rechtsverhältnisses gesetzlich freigegeben ist oder nicht.[32]

C.

Das durch den Verwahrungsvertrag begründete Rechtsverhältnis.

§ 41.

1. Die Obsorgepflicht (custodia) des Verwahrers.

Aus dem Zwecke des Vertrages ergibt sich als „die Hauptpflicht des Verwahrers: die ihm anvertraute Sache durch die bestimmte Zeit sorgfältig zu bewahren" (§ 961). Über das Wesen und

---

l. c. S. 673 N. 40 bemerkt, ist angesichts seiner Ausführungen S. 684 f. nicht ganz verständlich. — Über die juristische Qualification der bei einem Dritten (bei Gericht) deponierten Geldcaution sei hier nur auf Oertmann Arch. f. d. civ. Prax. LXXIX S. 258 ff. und Cohn Beitr. z. Erl. d. deutsch. R. XXXII S. 578 f. verwiesen.

[30] Nicht aus dem Wesen des Depositums, aus dem Cohn S. 898, nicht aus dem Wesen des Mandats zu Gunsten Dritter, aus dem Hasenöhrl I S. 480 die Widerruflichkeit des Auftrags folgert; in Fällen, wie es die oben N. 27 genannten sind, wo dem Dritten eine Sicherstellung gerade durch die Deponierung gegeben werden soll, würde der Zweck bei Widerruflichkeit derselben geradezu vereitelt. So urtheilen auch Zeiller III S. 670, Nippel und Stubenrauch zu § 1271, Krainz II, 2 S. 306 N. 10; unklar Kirchstetter S. 629 N. 9 a. E. Die Unwiderruflichkeit des Depositums anerkennt auch Slg. 12123, allerdings um daraus einen irrigen Schluss abzuleiten. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. d. Dogm. II S. 117 ff.; über die Frage der Widerruflichkeit der Deposition nach § 1425 f. Czyhlarz l. c. und die gute Abhandlung in Geller's C. Bl. II S. 129 ff.; vgl. darüber auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XVII S. 312 ff. S. 333 ff., sowie Schubert-Soldern D. Sequestration S. 281 ff.

[31] Vgl. unten S. 344 f.

[32] S. darüber oben S. 182 ff.; vgl. Slg. 11136. Über die Bedeutung von Lagerscheinen s. unten S. 322.

den Umfang dieser „Bewahrung" ist bereits oben (§ 38) gehandelt; hier ist nur noch näher zu untersuchen

a) das Maß der „Sorgfalt", für welches der Verwahrer dem Hinterleger zu haften hat, bezw. der „pflichtmäßigen Obsorge" (§ 964). In dieser Beziehung gilt für den Verwahrungsvertrag des österreichischen Rechts nichts besonderes.[1] Der Depositar hat für die „gewöhnliche" Sorgfalt (§ 1297) in der custodia einzustehen,[2] falls er aber die Verwahrung fremder Güter als Gewerbe betreibt, auch für die etwa erforderlichen besonderen technischen Kenntnisse und Vorkehrungen (§ 1299).[3] Der Grad seiner culpa ist hier, wie überall, nur für den Umfang nicht für die Begründung der Ersatzpflicht maßgebend.

Auch die Beschränkung der Verantwortlichkeit, bezw. deren Steigerung[4], bis zur sog. diligentia quam in suis rebus ist dem a. b. Gb. grundsätzlich fremd. Damit ist aber einerseits nicht gesagt, dass der Verwahrer schlechthin verpflichtet sei, „die anvertraute, obschon kostbarere Sache mit Aufopferung seiner eigenen" zu „retten" (§ 964).[5]

---

[1] Auch kein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Depositum (wie nach L. 5 § 2 D. commod. 13,6, Pr. L. R. I, 14 § 17 und älteren deutschen Quellen, vgl. Stobbe Z. Gesch. d. deutsch. Vertragsr. S. 277 ff.); nicht unbedenklich daher, die Unentgeltlichkeit der Verwahrung bei der Beurteilung der Diligenzpflicht des Depositars in die Wagschale zu legen, wie dies Slg. 6946 geschieht.

[2] Auf den Streit über das Wesen der custodia im Sinne der Römer braucht hier nicht eingegangen zu werden — s. darüber bes. Brinz P. II §§ 268 f., Engelmann Die custodiae praest., Bruckner l. c., Wendt P. § 230 —; für das Depositum des österreichischen Rechts ist gewiss, dass „diese Obsorge ... eine besondere Richtung, nicht ein besonderer Grad des Fleißes" ist: Unger II S. 246. Was zur „pflichtmäßigen Obsorge" gehört, lässt sich also nur aus den Umständen des concreten Falles ermessen; s. zur Casuistik in dieser Richtung etwa Slg. 114, 2531, 2784, 2800, 2926, 3580, 5189, 6946 u. a. und die guten allgemeinen Bemerkungen bei Bruckner l. c. S. 38 ff. über die vernünftigen Grenzen der custodia. Scheidlein Handb. II S. 405 will merkwürdiger Weise aus dem Wortlaute des § 964 folgern, dass der Verwahrer die Sache nur „sorgfältig, nicht sorgfältigst" zu behüten habe. De lege ferenda s. Reatz l. c. S. 1128 f.

[3] Vgl. z. B. Slg. 114, 6946.

[4] Wenn anders man in dem Satze der L. 32 D. h. t. in der That, mit Bruckner l. c. S. 79 N. 1 u. a., eine „Erhöhung der Haftung für dolus und culpa lata" erblicken darf; vgl. darüber Windscheid I § 101 Z. 3, II § 265 Z. 3. — Als Regel gilt die Haftung des Depositars nur für diligentia quam in suis rebus nach Pr. L. R. I, 14 § 11, Code Art. 1927, und noch im Wg. Gb. III § 133, über dessen Abänderung die Protokolle (Ofner II S. 59 f.) schweigen.

[5] In dieser früher viel verhandelten Controverse — vgl. Glück XV S. 181 ff., Koch III S. 455 f., dazu Kohler Ztschr. f. vergl. Rechtswiss. III S. 171 f. — fließen vielfach zwei verschiedene Fragen in einander, die eine, ob der Verwahrer zu Aufwendungen aus Eigenem verpflichtet ist — diese Frage ist es, mit welcher Pr. L. R. I, 14 §§ 20—23 und ebenso § 964 des a. b. Gb. (vgl. Ofner II S. 60 f., Krainz II, 1 S. 201) sich befassen —; und die andere, welche füglich im Gesetze nicht besonders entschieden zu werden braucht (s. D. Mot. II S. 574), ob die Zurücksetzung der anvertrauten hinter der eigenen Sache dem Depositar

andererseits kann nach den Umständen des speciellen Falles die Vergleichung des Gebarens eines Depositars mit dem fremden Gute und seines Gebahrens mit dem eigenen ersteres als eine Verletzung der bona fides erscheinen lassen,[6] für welche er dem Hinterleger verantwortlich ist.

Für die Art oder den Ort der Verwahrung ist in erster Linie die bei der Hinterlegung etwa getroffene Vereinbarung entscheidend;[7] jede Abweichung von dieser Richtschnur macht den Verwahrer haftbar (§ 965),[8] sie wäre denn durch solche Gründe gerechtfertigt, welche das Gesetz (§ 962) auch für die vorzeitige Zurückstellung gelten läßt.[9]

Aus dem Inhalte des Vertrages kann sich insbesondere (trotz § 964) auch die Verpflichtung des Depositars zu gewissen „Aufopferungen" aus Eigenem ergeben,[10] sei es (was im Zweifel an-

zum Vorwurfe gemacht werden kann (s. die folgende Note). Beide Fragen hat schon Nippel VI S. 271 f. und S. 277 auseinander gehalten.

[6] L. 32 D. depos. 16, 3. Es handelt sich also nicht darum, daſs in abstracto die Diligenz des Verwahrers nach dem Maßstabe seiner überhaupt in eigenen Angelegenheiten sonst geübten Sorgfalt gemessen werde, sondern darum, daſs sein an sich vielleicht sehr geringes Versehen deshalb als culpa (oder gar dolus) erscheint, weil er ein „Versehen von dieser concreten Art" in Bezug auf die eigenen Sachen zu vermeiden wußte: Brinz II S. 255; vgl. Mommsen Beitr. z. Obligationenr. III S. 390, Ubbelohde Ztschr. f. Handelsr. VII S. 234, auch Zürch. Gb. §§ 1138 f. — Ob nun in solcher Bevorzugung des eigenen Gutes eine culpa liegt, läſst sich demnach nur nach den Umständen des Falles entscheiden, nicht aber nach äußerlichen Momenten (— wie etwa dies in älteren deutschen Quellen geschieht: Stobbe l. c. S. 218, S. 220), insbesondere auch nicht schlechthin darnach, ob die fremde oder die eigene Sache die wertvollere ist; vgl. Winiwarter IV S. 160, und oben S. 233.

[7] Es braucht dies nicht gerade, wie Zeiller III S. 195 sagt, eine „ausdrückliche" Vereinbarung zu sein. Nachträgliche Anweisungen des Hinterlegers ist der Verwahrer zu befolgen allerdings nicht verpflichtet (so weit richtig D. Mot. II S. 575 f.), aber das will, nach der treffenden Bemerkung Dernburg's Pr. R. II § 212 N. 1, nur sagen, daſs der Verwahrer auf diese neue Vertragsofferte nicht einzugehen braucht und, wenn er sie ablehnt, die Sache zurückzustellen hat.

[8] Vgl. Pr. L. R. I, 14 §§. 13, 14.

[9] Sehr gut — besser wohl als § 617 D. Entw. — formuliert Pr. L. R. I, 14 § 15: „In jedem Nothfalle ist der Verwahrer Ort und Art der Verwahrung, wenn sie gleich im Vertrage bestimmt sind, zu verändern nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet." Auch der Hinweis des § 16 l. c. darauf, daſs, soweit thunlich, die vorherige Verständigung des Hinterlegers vorausgesetzt sei, dürfte schon vermöge der bona fides des Verhältnisses auch für das österreichische Recht gelten.

[10] Z. B. Fütterung in Verwahrung genommener Thiere; vgl. Slg. 12532, dazu oben §. 38 N. 7. Zur Versicherung der hinterlegten Objecte ist der gewöhnliche Depositar (anders das öffentliche Lagerhaus. Lagerhausgesetz § 15) nicht verpflichtet (vgl. Gruchot S. 807, Cohn S. 904), und, vom Handelsverkehre abgesehen (vgl. R. O. H. G. VII S. 360 ff.; IX S. 54), wohl auch nicht berechtigt in dem Sinne, daſs er vom Deponenten Ersatz der Assecuranzprämien fordern dürfte.

zunehmen) gegen Ersatz dieser Auslagen durch den Hinterleger (§ 967), sei es, mit Rücksicht auf bedungenen Lohn, ohne Rückersatzanspruch.[11]

b) Die Garantie gegen Zufälle liegt, von besonderer Vereinbarung abgesehen, wie § 964 ausdrücklich hervorhebt, nicht in der vom Verwahrer übernommenen custodia:[12] auch dann nicht, wenn der Verwahrer sich zu dem Geschäfte „aufgedrängt" hätte.[13]

Von diesem Grundsatze der Culpa-Haftung bilden auch keine Ausnahme die vom a. b. Gb. gerade bei Gelegenheit des Depositums besonders normierten Principien der Haftung für sog. casus mixtus.[14] Dahin gehören nach § 965 die drei Fälle, wenn „der Verwahrer von der hinterlegten Sache (einen ihm nicht gestatteten[15]) Gebrauch gemacht"; wenn „er sie ohne Noth und ohne Erlaubnis des Hinterlegers einem Dritten in Verwahrung gegeben";[16] oder „die Zurückstellung verzögert" hat (mora solvendi).[17] In den beiden ersten Fällen ist der Verwahrer schlechthin für jeden infolge seines Mißbrauches, bezw. der vertragswidrigen Übertragung der custodia auf einen Dritten eingetretenen Schaden verantwortlich, auch wenn ihn bei der Aus-

---

[11] Vgl. L. 10 §. 9 D. mand. 17, 1. — Die Lagerhausunternehmung versichert das Lagergut in der Regel im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Einlagerers; vgl. darüber Ehrenberg, Jahrb. f. Dogm. XXX S. 453, Adler S. 119 ff.

[12] Die schon aus der allgemeinen Norm des § 1306 und § 1311 sich ergebende Ausschließung der Haftung für Zufall betont § 964 besonders, wohl im Gegensatze zur deutschrechtlichen Auffassung; vgl. Hepp Die Zurechnung S. 131 ff., Stobbe l. c. S. 227 ff. — Auch die Lagerhausunternehmung haftet nach dem Lagerhausges. § 14 nur für Diligenz (eines ordentlichen Kaufmannes), nicht, wie nach vielen modernen Gesetzgebungen (s. Cohn S. 910 N. 51) oder wie der römische horrearius, auch für casus. — Vgl. noch unten S. 323.

[13] Nach römischem Rechte steigert das „Zudrängen" zu dem Vertrage die Haftung: L. 1 §. 35 D. h. t., Bruckner l. c. S. 152. Für das österr. R. darf eine solche Steigerung der Haftung auch nicht etwa aus § 1311 („hat jemand ... sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt, so haftet er für allen Nachteil") gefolgert werden, welcher an eine Geschäftsführung ohne Auftrag denkt — vgl. Zeiller III S. 739, Ofner II S. 190 —, während in den Fällen, von welchen hier die Rede ist, ein Verwahrungsvertrag zustande kommt, mag auch der Depositar sich zu demselben freiwillig erboten haben.

[14] Vgl. über den Gegensatz von „bloßem Zufall" (§ 1311) und (mittelbar) verschuldetem Zufall nur Zeiller III S. 500, S. 738 f., Schoberlechner, D. Zufall im Civilr. G. Z. 1889 Nr. 29, 34, Baron Arch. f. d. civ. Prax. LXXVIII S. 285 f., auch oben S. 231 f.

[15] Diese Einschaltung ist nothwendig mit Rücksicht auf mögliche (s. oben S. 289) Gebrauchsbefugnisse des Depositars; § 965 wollte gewiss nicht wegen jedes solchen dem Verwahrer gestatteten Gebrauches das periculum auf diesen wälzen. Anders freilich bei Verbrauchsbefugnis des Depositars (depositum irregulare); s. unten S. 371.

[16] Vgl. darüber unten c).

[17] Der Satz, dass bei mora des Schuldners die Gefahr des casus auf diesen übergehe, ist im a. b. Gb. gerade in § 965 ex professo ausgesprochen; man kann also kaum sagen (so Hasenöhrl II S. 336), dass sich „im österr. R. keine besondere Bestimmung" darüber finde.

wahl dieses Dritten, oder sonst in Bezug auf das schädigende Ereignis selbst, kein Verschulden träfe: „er kann keinen Zufall vorschützen", wird mit der Einwendung des Zufalls (§ 1298) nicht gehört.[18] In dem dritten Falle, auf welchen allein dieser Zusatz im § 965 bezogen werden darf, verantwortet er demgemäß nur denjenigen „Schaden, welchem die Sache bei dem Hinterleger nicht ausgesetzt gewesen wäre".[19]

c) Was die Haftung für dritte Personen betrifft,[20] so ist zu unterscheiden:

α) Für Delicte dritter Personen, insbesondere also Diebstahl, steht der Verwahrer nach allgemeiner Norm nur insoweit ein,[21] als er dieselben bei gehöriger Sorgfalt hätte verhüten können: § 1313. Auch in dieser Richtung übernimmt er mit der „Obsorge" über die

[18] Dabei immer doch nur einen „Zufall" vorausgesetzt, welcher im Zusammenhange steht mit der Pflichtwidrigkeit des Verwahrers; er haftet für jeden „zufälligen" Schaden, welcher sich während seines vertragswidrigen Gebrauches, oder während der vertragswidrigen Aufbewahrung der Sache durch einen Dritten, nicht aber für den Zufall, welcher sich ereignet, nachdem er aufgehört hat die Sache zu gebrauchen, oder nachdem er deren Obhut wieder ordnungsmäßig selbst übernommen hatte. § 965 will nicht etwa die Haftung für casus gleichsam als Strafe der einmal begangenen Vertragswidrigkeit verfügen (wie das in der That im Cod. Ther. l. c. Nr. 58, 59 geschah, wo der Satz der L. 1 § 25 D. h. t. recipiert war, welcher eben nur aus der älteren Auffassung der actio depositi als Delictsklage sich erklärt, vgl. Ihering Schuldmoment S. 31); § 965 besagt nur für den Depositar, was sonst im a. b. Gb. die Wendung bezeichnet: „so ist er für alle Folgen verantwortlich" (§ 1035), „so fallen die widrigen Folgen auf ihn" (§ 1419), oder „so haftet er für allen Nachtheil, welcher außerdem nicht erfolgt wäre" (§ 1311). Vgl. auch Nippel VI S. 278 f. Ganz deutlich spricht sich Pr. L. R. I, 14 § 85 aus („Zufall ... durch welchen die Sache bei Gelegenheit des Gebrauchs, beschädigt worden").

[19] Daß dieser Zusatz nur auf den dritten Fall des §. 965 (mora des Depositars) sich bezieht, ergibt genau genommen schon der syntaktische Zusammenhang. (vgl. auch Nippel VI S. 279 f., Material. I S. 147 ff., Stubenrauch II S. 156 N. 2, a. M. scheint Pfaff Z. Lehre v. Schadenersatz S. 81 N. 246); vor allem aber wäre derselbe mit Bezug auf den 2. Fall des § 965 geradezu widersinnig. In diesem könnte man allenfalls die Einschränkung erwarten, der Depositar hafte, wenn er die Sache einem Dritten anvertraut, für denjenigen Zufall nicht, welcher die Sache auch bei ihm, dem Depositar, getroffen hätte, die Gefahren aber, welchen dieselbe „beim Hinterleger ausgesetzt gewesen wären", können nicht in Betracht kommen, weil der Hinterleger sie gerade vor diesen durch das Depositum schützen wollte. Für den 1. Fall aber wollte § 965 gewiß nichts anderes sagen, als Pr. L. R. I, 14 § 85 (s. vorige Note). Nur für den 3. Fall liegt diese Einschränkung darin begründet, daß die Sache ohne die mora des Verwahrers eben zur Zeit des „Zufalles" schon in der Hand des Hinterlegers gewesen wäre. — Es verhält sich hier also nicht ganz so wie bei einem Commodat, vgl. oben § 32 N. 13. Über die Vertheilung der Beweislast s. Unger II S. 516 N. 10 und Haimerls Vrtljhrschr. XIV S. 131 f. N. 10.

[20] Des genaueren kann auf diese Frage erst unten in den Capp. vom Mandats- und Lohnvertrage eingegangen werden.

[21] Über die Verpflichtung zur Klagencession s. unten S. 321.

hinterlegte Sache keine „Garantie".[22] Und dies gilt auch für Diebstähle seiner eigenen Dienstleute oder Hausgenossen, soferne nicht schon in deren Aufnahme in sein Haus eine culpa liegt (§ 1314). Eine wirkliche Ausnahme von dieser Regel besteht für Gastwirte nach § 1316.[23]

β) Eine andere Frage ist die nach der Haftung des Depositars für seine Gehilfen, d. i. diejenigen dritten Personen, deren er sich in der Ausführung seiner Vertragspflicht bedient. In dieser Beziehung kommt es vor allem darauf an, ob die gänzliche oder theilweise Übertragung der Obhut über das Depositum an einen anderen schon an sich vertragswidrig erscheint oder nicht. Ersteren Falles hat der Verwahrer für das Gebaren des Gehilfen schlechthin — als „casus mixtus" (§ 965) — einzustehen.[24]

Nicht so in dem zweiten Falle. Nach der „ex bona fide" zu interpretierenden Vertragsabsicht wird zwar in der Regel die völlige Überlassung der hinterlegten Sache in die Gewahrsame eines Dritten — eines Subdepositars — als unzulässig,[25] dagegen die Verwendung von Gehilfen bei der Bewachung der, in der Gewahrsame des Depositars selbst bleibenden, Sache als erlaubt erscheinen. Indes kann unter Umständen zur größeren Sicherheit auch die Übertragung in die Gewahrsame eines Subdepositars zweckentsprechend,[26] ja im Falle der „Noth" (§ 965) selbst gegen die ausdrückliche Vertragsberedung erlaubt sein, wenn nämlich die persönliche Verwahrung des Depositars entweder für die hinterlegte Sache (den Deponenten) oder für den Depositar selbst eine „unvorhergesehene" (§ 962) Gefahr mit sich brächte, und rechtzeitige Verständigung des Hinterlegers behufs Zurücknahme der Sache nicht mehr thunlich wäre.[27] In so weit

---

[22] Keine „technische custodia" in dem Sinne von Bruckner l. c. § 15. Vgl. Slg. 6946.

[23] Vgl. unten S. 415 f.; Unger Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl.) S. 56 N. 9.

[24] Unklar spricht Schoberlechner l. c. Nr. 33 für diesen Fall von einer „praesumtio juris et de jure" des § 965.

[25] „Ohne Noth" ist hier, wie im § 1010 und § 1161 („nur in dringenden Umständen") wohl nur dahin zu interpretieren, dass der Auftrag in dubio als persönlich zu vollziehen gilt; vgl. Unger l. c. S. 60. Auf die abweichende Auffassung von Pfaff l. c. S. 80 ff. kann an dieser Stelle, wie bemerkt, nicht eingegangen werden. Die Römer scheinen allerdings die Subdeposition in dubio für zulässig erachtet zu haben; vgl. Goldschmidt Ztschr. f. Handelsr. XVI S. 302.

[26] Bezw. Pflicht des Verwahrers; vgl. oben N. 9.

[27] Letztere — im Pr. L. R. I, 14 § 16 ausdrücklich ausgesprochene — Voraussetzung ergibt sich auch für das a. b. Gb. daraus, dass der Verwahrer in solchen Fällen gemäß § 962 in erster Linie an Zurückstellung der Sache zu denken hat.

nun in derartigen Fällen, die Verwendung dritter Personen für die Obsorge über das Depositum an sich zulässig erscheint, haftet der Verwahrer grundsätzlich (§ 1313, § 1315) nur für Verschulden bei der Auswahl dieser Personen.[28] In dieser Richtung aber hat er nicht bloß darauf zu sehen, dass die Sache bei seinem „Subdepositar" thatsächlich gut aufgehoben, sondern auch dass die Möglichkeit, dieselbe jederzeit (§ 962) von jenem zurückzuerhalten, gesichert sei.[29]

γ) Eine weitergehende Haftung muss aber anerkannt werden, wo als Verwahrer eine Person oder eine Anstalt auftritt, welche in ihrem Gewerbe Depositen übernimmt und die Obhut über dieselben vermöge der Natur dieses Gewerbes durch ihre Gehilfen und Angestellten besorgt. Solche Verwahrer übernehmen schlechthin die Haftung[30] für jedes Verschulden[31] ihrer Gehilfen, insbesondere auch für deren etwa nöthige Fachkenntnisse (§ 1299).

Gesetzlich besonders ausgesprochen ist die Haftung der Gastwirte (§ 970, § 1316) für ihre Dienstleute,[32] sowie der Lagerhausunternehmungen für ihre Gehilfen (§ 14 Lagerh. Ges.)[33]

---

[28] Vgl. §§ 1010, 1161; Unger l. c. S. 61.

[29] Wenn z. B. ein Bankier ihm anvertraute Effecten weiter in Verwahrung einer Bank gibt, deren Auswahl zweifellos nicht als culpos erscheint (vgl. den Fall der L. 9 C. de pigner. a. 4,24, dazu Muther l. c. S. 199 f.), so haftet er gleichwohl, falls er dieselben auf seinen Namen deponiert und der Bank Veranlassung gegeben hätte, sie wegen seiner Verpflichtungen zurückzuhalten. Über die Frage, ob in der Verpfändung des anvertrauten Gutes eine strafbare „Veruntreuung" liegt, sei hier nur auf die Ausführung von Rulf, G. Z. 1857 Nr. 121 und 140 gegen Knepler ebend. Nr. 129 verwiesen.

[30] Auch in dieser Beziehung kann hier nur andeutungsweise (s. oben N. 20) bemerkt werden: Vermag man auch nicht mit Pfaff l. c. S. 67 ff., welchem sich Burckhard II S. 269 N. 40 angeschlossen hat, de lege lata eine principiell über culpa in eligendo hinausgehende Haftung für Gehilfen zuzugeben (s. Strohal Drei Gutachten über d. Revis. d. 30. Hptstck. S. 153 ff.), so drängt doch das Bedürfnis hiezu bei gewerblichen Unternehmern und Anstalten. Und hier kann in der That auch de lege lata in Anlehnung an § 1299 gesagt werden, für tadelloses Functionieren seiner Gehilfen geradeso wie seiner Werkzeuge habe der Unternehmer kraft seines Gewerbes (seiner „Kunstkenntnis": § 1299) einzustehen. Dies anerkennt auch Krainz II, 2 S. 293 f., II, 1 S. 202 N. 13, Schreiber Der Arbeitsvertrag S. 64 ff. (Bedenken dagegen de lege lata bei Unger l. c. S. 55 N. 8, während Randa in den oben cit. Gutachten S. 129 im a. b. Gb. gar keine Ausnahme in dieser Richtung findet.) So auch die Entscheidungen Slg. 2531, 3292, 3580, 7469, zweifelnd Slg. 2800. Vgl. noch unten § 56 Zus.

[31] Aber eben nur für deren Verschulden in der Besorgung ihrer Arbeit, nicht für Zufall, wie bei unbefugter Substitution (Cod. Ther. l. c. Nr. 61 hebt dies treffend hervor), und nicht für deren Delicte, vgl. auch Pfaff l. c. S. 71 f., Adler S. 111.

[32] Vgl. darüber unten S. 403 f.

[33] Vgl. Adler S. 109 ff. — Eine besondere Bestimmung enthält auch für öffentliche Wäg- und Messanstalten das Ges. v. 19 Juni 1866, R. G. B. 85 § 4.

§ 42.

2. Die rechtliche Stellung des Verwahrers (Detentionsverhältnis) in Bezug auf die hinterlegte Sache.

Der Verwahrer erhält durch das Depositum regelmäßig

a) kein Gebrauchsrecht an der übernommenen Sache: § 958.[1] Allerdings steht es dem Wesen des Vertrages nicht entgegen, dass ihm (als Entlohnung für seine custodia) gewisse, minder wichtige, Nutzungen der Sache besonders zugestanden werden.[2] Allein die causa der Hingabe einer Sache „zur Obsorge", „ad custodiendum", als solche involviert niemals Gebrauchsbefugnis des Empfängers;[3] deshalb hat der Depositar in keinem Falle einen Titel zur Ersitzung des Eigenthums oder eines Rechts an der Sache (§ 1462, § 319).

b) Der Verwahrer erwirbt nicht den juristischen Besitz, er ist „bloßer Inhaber" (detentor alieno nomine) der ihm anvertrauten Sache: § 958. Der (juristische) Sachbesitz verbleibt dem Deponenten, für welchen er die Gewahrsame ausübt. Der Verwahrer erlangt aber durch die Übergabe „zur Obsorge" keinerlei Recht, er übernimmt nur eine Pflicht (§ 958) bezüglich der Sache,[4] somit auch keinen Rechtsbesitz; und so bleibt überhaupt seine **Detention ohne Besitzschutz.** Es steht ihm keine Besitzklage zu gegen den Hinterleger, keine Besitzklage gegen Dritte. Er hat als bloßer „Inhaber" nicht das Recht der Eigenmacht gegenüber Dritten zur Wiedererlangung der ihm etwa entzogenen Sache,[5] während es dem Deponenten, als dem juristischen Besitzer (§ 344), nicht verwehrt ist, das hinterlegte Gut

Zusatz.

[1] Vom „irregulären" Depositum ist hier noch abgesehen (vgl. unten S. 352), ebenso vom Depositum bei einem Sequester (unten § 48).

[2] S. oben § 39, a).

[3] Vgl. Wg. Gb. III § 130: „Durch die Uebergabe allein erwirbt der Uebernehmer weder Eigenthum noch Gebrauchsrecht."

[4] Vgl. unten N. 20. Davon, dass ihm im Vertrage ausnahmsweise ein gewisser Gebrauch gestattet wird (s. oben a), kann hier abgesehen werden; denn diese Befugnisse nebensächlicher Art werden kaum den Gegenstand selbständigen Rechtsbesitzes bilden können und überdies, vermöge der willkürlichen Widerruflichkeit (§ 962) des Depositums, zumeist rein precaristischer Natur sein. — Ofner Sachenr. S. 114 zählt jetzt merkwürdiger Weise den Depositar unter den Besitzern eines Nutzungsrechts auf.

[5] Diesem Dritten stünde — selbst wenn er auf „unechte Art", etwa durch Diebstahl, in den Besitz der Sache gelangt wäre — die recuperatorische Besitzklage gegen den Depositar zu, welcher, da er überhaupt nie juristischer Besitzer war, dieser Klage nicht einmal die exceptio vitiosae possessionis entgegensetzen könnte (dahingestellt, in wie weit eine solche nach österr. R. überhaupt zulässig ist; vgl. nur Randa Besitz S. 121 f., S. 246 f., anderseits Canstein in Grünhuts Ztschr. VI S. 167. Vgl. auch noch unten Zus. 3. 2.

auch eigenmächtig aus der Verwahrung des Depositars, als seines detentor, zurückzuholen.[6]

Dabei darf aber ein Doppeltes nicht übersehen werden. Wenngleich dem Verwahrer jeder Besitzschutz in Ansehung der ihm anvertrauten Sache als solcher versagt ist, so bleibt ihm doch der Schutz durch Besitzklage, sowie das Recht der Abwehr, für sein Haus, für den Raum, das Behältnis, in welchem er die Gewahrsame über jene Sache übt.[7] Daran findet sowohl die dem Deponenten principiell gestattete Eigenmacht ihre Schranke, als auch der Eingriff dritter Personen. Der Deponent mag sich also in der That seine Sache eigenmächtig holen, wenn er sie bei dem Verwahrer, der ihm den Eintritt in seine Räume gestattet, oder sonst frei liegend findet, er ist aber nicht befugt, mit Gewalt oder heimlich (§ 345) in den Bereich der selbständigen Gewahrsame des Depositars[8] einzudringen. Und ebenso wird gegen die Entwendung der hinterlegten Sache durch Dritte dem Depositar zumeist eine Besitzklage auf Grund des darin liegenden Eingriffes in den Besitz seines Hauses, seiner Wohnung u. s. w. Schutz bieten.[9] Jedenfalls aber steht ihm das Recht der Nothwehr gegen

---

[6] Dagegen gibt es keine Besitzklage für den Deponenten gegen den Depositar, welcher die Zurückstellung der Sache verweigert; denn keiner der drei Fälle des § 345 trifft hier zu (anders nur wenn der Depositar der, wie bemerkt, erlaubten Eigenmacht des Deponenten Gewalt entgegensetzen und sich hiedurch in den Besitz der Sache setzen würde). Vgl. über diesen auch in der Spruchpraxis anerkannten Satz (Slg. 4199, 12043) bes. Randa l. c. S. 208 f. S. 224. Das Recht zur Eigenmacht und zur Besitzklage deckt sich demnach im österr. R. nicht völlig; vgl. dazu Bekker Z. Reform d. Besitzr. S. 76 f. Ähnlich jetzt Pfersche Österr. Sachenr. I S. 97.

[7] Das ist, wie die im Texte folgende Unterscheidung zeigt, etwas ganz anderes als die Identificierung der „Gewahrsame" mit dem Besitze der in derselben befindlichen Mobilien selbst, welcher namentlich Bekker l. c. S. 77 ff., aber auch Bähr Jahrb. f. d. Dogm. XXVI S. 286 ff. das Wort redet (vgl. auch Urth. d. Reichsger. S. 40 ff.) (s. dagegen Strohal Jahrb. f. d. Dogm. XXIX S. 363 ff.). Darnach wäre schlechthin jede Eigenmacht des Deponenten ausgeschlossen (s. Bekker l. c. S. 91, S. 93). Dem praktischen Resultate nach kommt hingegen den im Texte für das österr. R. aufgestellten Sätzen sehr nahe Ihering Besitzwille S. 512, wenn er sagt, gegen den „procuratorischen Detentor" sei Eigenmacht zuzulassen, „aber nicht mittelst Hausfriedensbruchs".

[8] Dass überhaupt nur bei Übertragung in selbständige Gewahrsame von einem Depositum gesprochen werden könne, s. oben S. 291 f.

[9] Es ist zu beachten, dass die Besitzstörungsklage des österr. R. (§ 339) auch den Schadenersatz, bezw. Restitution (§ 1323) des durch den Eingriff entzogenen umfasst, vgl. Slg. 10407, 8698 — Überdies ist für die praktische Gestaltung des Besitzschutzes unter der Herrschaft eines Rechts, welches, wie das a. b. Gb., denselben nur dem Besitze mit „animus domini" zugesteht, sehr wichtig die neuestens, besonders von Ihering l. c. S. 167 ff., Kuntze Z. Besitzlehre S. 87 ff., auch Pfersche l. c. S. 100 f., mit Recht betonte Thatsache, dass bis auf Weiteres jeder Detentor als Besitzer erscheint und demgemäß als Besitzer zu behandeln ist. Auch nach österr. R. wird daher kein Richter vom Kläger zu seiner Sachlegitimation den

Angriffe Dritter im Interesse des Deponenten,[10] den er zu vertreten hat, zu.

Endlich ist nicht zu vergessen — und auch dies gilt wie Dritten gegenüber, so auch gegen den Deponenten — dass Gewaltthätigkeit wider die Person des Inhabers einer Sache auch durch § 344 nicht sanctioniert, sondern nach dem allgemeinen Grundsatze des § 19 nur als „Nothwehr" erlaubt erscheint.[11] Niemand wird wohl auch dem Verwahrer das Recht, Angriffe auf seine Person abzuwehren, deshalb absprechen wollen, weil deren Ziel die Erlangung der Sache ist, die bloß in seiner „Inhabung", nicht in seinem Besitze sich befindet.

c) Was petitorische Klagen des Depositars gegen dritte Personen betrifft, so können ihm Contractsklagen zu Gebote stehen, falls er etwa durch Vertrag (Subdepositum, Mandat, Leihe) die ihm anvertraute Sache einem anderen überlassen hätte.[12]

Davon abgesehen sind dem Verwahrer grundsätzlich Entschädigungsklagen[13] auf Grund von Delicten (Entwendung, Verletzung der Sache durch Dritte) zuzugestehen, insoweit er durch diese Delicte in seinem Interesse geschädigt erscheint, d. h., da ihm vorausgesetztermaßen an der Sache selbst kein Recht zusteht, insoweit er seinerseits dem Hinterleger verantwortlich ist; so, falls er geradezu die Haftung für alle Zufälle übernommen hätte, oder sonst, falls ihn bezüglich jenes Delicts eine Schuld trifft. Indes, auch wo diese Frage noch unentschieden ist, wird ihm die Ersatzklage nicht zu versagen sein, vielmehr nur dahingestellt bleiben, ob er diesen Ersatz für sich selbst oder nur als negotiorum gestor für den Deponenten einzubringen habe.[14]

Beweis verlangen, dass er juristischer Besitzer sei, keiner ihn mit Rücksicht auf die causa seiner Inhabung (z. B. depositum) a limine abweisen. Stets wird der Kläger nur seine „factische" Inhabung (das „corpus possessionis") darzuthun haben; und es kann sich nur um einen vom Geklagten zu führenden Gegenbeweis handeln; vgl. ganz besonders Slg. 2971. Das ist der wahre Kern an der besonders in unserer Praxis so oft gehörten Behauptung (s. darüber Randa l. c. S. 111 ff.), dass nach der Vdg. vom 27. October 1849 R. G. B. 12 auch der bloße Detentor zu schützen sei.

[10] Vgl. über diesen Punkt den Zus. Z. 2.

[11] Vgl. Pfersche l. c. S. 95 f. Berechtigte Nothwehr ist es aber, falls der Detentor (Verwahrer) den Versuch des juristischen Besitzers (Hinterlegers), seine Sache wieder zu erlangen, durch Gewalt vereiteln will, und nun dieser seinerseits Gewalt braucht; vgl. Burckhard III S. 59 f., S. 60 N. 5, und unten N. 34.

[12] S. unten S. 319 über die Verpflichtung des Depositars zur Cession seiner Klagen.

[13] Bezw. (§ 1323) Klagen auf Restitution.

[14] Ähnlich, wie dies nach röm. R. von der actio furti gilt, vgl. Bruckner l. c. S. 100 ff. — Insbesondere kann der Depositar ohneweiters in dem Strafprocesse gegen den Dieb als Privatbetheiligter auftreten, ohne dass damit der Frage präjudiciert wäre, ob ihn eine culpa bezüglich des Diebstahls dem Deponenten gegenüber haftbar macht; so richtig Slg. 9646.

Zusatz. Ohne, auch an dieser Stelle,[15] in eine umfassende Darstellung der Besitzlehre eingehen zu wollen, erscheint es hier doch geboten, mit Bezug auf die **Detention ohne Besitzschutz** zur Erläuterung der Sätze des Textes zwei Punkte zu berühren. — 1. Trotz der Beschränkung des Besitzschutzes auf den Besitz mit animus domini, ist doch vermöge der Anerkennung eines Rechtsbesitzes im weitesten Umfange nach den Normen des a. b. Gb. praktisch in einer großen Reihe von Fällen auch der „bloße Inhaber" einer Sache gegen Eingriffe possessorisch geschützt, insoferne er irgend ein Recht in Ansehung der in seiner Gewahrsame befindlichen Sache ausübt,[16] so der Entlehner, der Mieter, der Pfandgläubiger u. a. Dadurch ist dem praktischen Bedürfnisse Genüge gethan, welches, wie neuestens fast allgemein anerkannt wird, für den „selbständigen" und „selbstnützigen" Detentor Besitzschutz postuliert.[17] Zu den Sachinhabern nun, welchen de lege lata weder unter dem einen noch dem anderen Gesichtspunkte Besitzschutz zugesprochen werden kann, gehört zweifellos der (gewöhnliche) Verwahrer einer Sache. Er hat bezüglich der ihm anvertrauten Sache nicht den animus domini, ist, wie § 958 zum Überfluss ausdrücklich feststellt, bloßer Inhaber derselben, er hat kein Gebrauchsrecht, ja nicht einmal ein eventuelles Retentionsrecht,[18] es kann ihm daher auch kein Rechtsbesitz zugeschrieben werden, und so bleibt seine Detention ohne jeden Besitzschutz. Es ist aber von Wichtigkeit, sich über die praktische Bedeutung und die Tragweite dieses Satzes Rechenschaft zu geben. Eine durchaus dem Wesen des Verhältnisses entsprechende Consequenz desselben ist es nun a) dass der Depositar gegen eigenmächtige Rücknahme der Sache durch den Hinterleger nicht geschützt ist;[19] ist er doch nur dessen Vertrauensmann, der (§ 962) jeden Augenblick der Rückforderung gewärtig sein muss, das Muster eines „detentor alieno nomine", weil er eben gar keine andere Function hat als die, für den Hinterleger die Gewahrsame über die Sache auszuüben.[20] Es folgt aber aus dem Gesagten auch b), dass dem Verwahrer der Schutz durch Besitzklagen gegen Dritte, deren Eingriffe das hinterlegte Gut bedrohen, versagt ist. Und dies ist nicht ohne Bedenken. Die Anstellung possessorischer Klagen durch den Verwahrer gegen Dritte läge α) gerade im Interesse des Deponenten. Mag man für andere Detentionsfälle immerhin sich dabei beruhigen, dass der In-

---

15 Vgl. oben §. 30, Zus.

16 S. oben S. 223 f.

17 Vgl. oben l. c., Randa l. c. S. 109 f. und gegen den radicalen „Inhaberschutz" des D. Entw. §§ 814 ff., Gierke Der Entw. S. 306 f., sowie die das. S. 307 N. 1 Citt., Strohal l. c. S. 356 ff.

18 Mit Rücksicht auf sein ev. Retentionsrecht kann z. B. dem (redlichen) Finder einer Sache, trotz Mangels des „animus domini", Besitzschutz zugesprochen werden; aus demselben Grunde (welchen sie freilich nicht betont) ist die Entscheidung Slg. 10465 richtig, welche dem Advocaten gegen seinen Clienten Besitzschutz gewährt bezüglich der ihm anvertrauten Documente, da ihm wegen seiner Expensen eine Art Retentionsrecht zusteht (§ 12 Adv. Ordg.)

19 S. unten N. 33.

20 Er hat nicht den Willen, ein Recht auszuüben, sondern eine Pflicht gegen den Hinterleger zu erfüllen; Randa l. c. S. 20.

haber bei Bedrohung oder Entwendung der Sache den juristischen Besitzer, in dessen Namen er detiniert, um Schutz angehen und dieser auch wirklich die Besitzklagen anstrengen könne.[21] Hier, wo der Hinterleger die Sorge für die Obhut seiner Sache eben dem Verwahrer übertragen und von sich abwälzen wollte, ist damit wenig geholfen.[22] Letzterer Gedanke möchte nun allerdings darauf führen, dem Depositar, als stillschweigend damit beauftragtem Vertreter, die possessorischen Klagen im Namen des Hinterlegers zuzugestehen.[23] Indes, abgesehen davon, dass diese Schlussfolgerung angesichts der Grenze, welche das Gesetz (§ 960) zwischen Depositum und Mandat gezogen hat, doch wohl zu gewagt erscheint,[24] so ist dem praktischen Bedürfnisse auch damit nicht gedient. Der Depositar müsste, da er nur mandatario nomine die Besitzklage anstellte,[25] sein Mandat, d. i. sein Contractsverhältnis zum Hinterleger als Fundament seiner Klage darthun — ein „Possessorium" also, das noch sehr weit entfernt wäre von dem unbedingten Schutz „des letzten factischen Besitzstandes".[26] Aber auch so das eigene Interesse des Depositars empfindet nicht selten den Mangel possessorischen Schutzes gegen Dritte. Haftet er doch seinerseits dem Hinterleger für die sichere „Gewahrsame", in der er die Sache zu halten hat,[27] während ihm das einfachste Rechtsmittel zur Sicherung seiner Inhabung, die Besitzklage, verweigert wird. Muss nun trotz alledem daran festgehalten werden, dass die Detention des Verwahrers als solche nach dem Rechte des a. b. Gb. schutzlos ist, so durfte es andererseits im Texte nicht unterlassen werden, darauf hinzuweisen, dass die Härte dieses Gesetzes praktisch bedeutend gemildert wird durch den Schutz des Hauses und der Person des Depositars. — 2. Über das in diesem Zusammenhange erwähnte Recht des Selbstschutzes möchte aber zur Erläuterung des oben Gesagten noch Folgendes zu bemerken sein. Das a. b. Gb. enthält diesbezüglich bekanntlich die grundlegende Norm im § 19: Eigenmacht zur Wiederherstellung des Rechts durch Angriff (Selbsthilfe i. e. S.)

---

[21] Randa l. c. S. 109 N. 3.

[22] Dass gar „kein Grund vorhanden" sei, in diesem Verhältnisse Besitzschutz zu gewähren (so Randa l. c. S. 110), ist also doch wohl zu viel behauptet; gerade das Interesse des Deponenten verlangt oft selbständigen Besitzschutz für den Depositar. Treffend bestimmt Pr. L. R. I, 7 § 137: „Der bloße Inhaber hat diejenigen Rechte, welche aus der Pflicht folgen, die Sache . . . . zum Besten dessen, welchem der Besitz gebürt, zu erhalten".

[23] So in der That Krainz I S. 160 N. 23, Winiwarter II S. 78.

[24] S. oben S. 290 f.

[25] Es müssten sich ähnliche Complicationen ergeben, wie bei dem secundären Besitzschutz, welchen § 821 D. Entw. dem „Besitzer", der nicht „Inhaber" der Sache ist, zuspricht, und gegen welchen sich mit Recht die gesammte Kritik des Entwurfes erklärt hat; vgl. Gierke l. c. S. 309 ff., Strohal l. c. S. 354 f.

[26] Praktisch wertvoll ist — s. oben N. 9 — gerade umgekehrt, dass der Besitzkläger die causa seiner Inhabung nicht darzulegen braucht.

[27] Auf den Zusammenhang zwischen der custodia-Pflicht und den dem Verwahrer zu Gebote stehenden Rechtsmitteln zur Erhaltung seiner Detention, hat Bruckner l. c. vielfach (S. 17 f., S. 33, S. 50) hingewiesen, ohne aber die Frage aufzuwerfen, ob dies nicht auch zum possessorischen Schutze des Detentors führen müsste.

ist unerlaubt, zur Abwehr versuchter Rechtsverletzung (Selbstvertheidigung, Nothwehr) erlaubt.[28] Es ist hier nicht der Ort, den Folgen der „Verantwortlichkeit" für unerlaubte Selbsthilfe nach § 19 auf dem Gebiete des Strafrechts und des Civilrechts nachzugehen.[29] Wohl aber interessiert gerade hier die nähere Ausführung jenes Grundgedankens, welche — nach beiden Richtungen — in den Vorschriften des a. b. Gb. über den Besitz sich findet. Einerseits bestimmt nämlich § 320, dass „wer nur das Recht zum Besitze hat, sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen darf." Eigenmächtige Ergreifung des Besitzes ist damit als „Selbsthilfe" verboten; die Folge dieser schon gegen § 19 verstoßenden Übertretung zeigt aber hier a contrario der Schluß des § 320:[30] Der so erlangte Besitz wäre „unecht" und deshalb in possessorio zu restituieren. Auf der anderen Seite besagt § 344: „Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, dass die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben." So wenig wie § 320 enthält dieser § 344 eine bloße Wiederholung des § 19.[31] Der juristische Besitzer[32] hat nach § 344 immer, mag er selbst die Sache in seiner Gewahrsame haben oder ein anderer für ihn, das Recht der Eigenmacht zum Schutze der Sache. Daraus folgt nun aber nicht bloß, dass der juristische Besitzer Dritten gegenüber Gewalt üben darf, welche die Sache aus der Gewahrsame des Detentors entziehen, sondern auch, dass im Conflicte zwischen dem detentor alieno nomine selbst und dem juristischen Besitzer das Recht der Selbstvertheidigung bei diesem, nicht bei jenem ist,[33] obgleich in diesen Fällen solche Eigen-

---

[28] Über die Anerkennung dieses Grundprincipes ist man einig; vgl. Unger II S. 338, Krainz I § 146, Burckhard II S. 541 f.

[29] S. über die civilrechtlichen Folgen unerlaubter Selbsthilfe Unger II S. 342 f., Krainz II, 1 S. 270, Burckhard II S. 542 ff., Slg. 3245. — Jedenfalls denkt § 19, welcher ganz allgemein von der „Verantwortlichkeit" für unerlaubte Selbsthilfe spricht, dabei mindestens auch an die civilrechtliche Verantwortung (s. auch Ofner I S. 41 f.), und es geht nicht an, diesen §, sowie § 344, als lediglich dem Strafrechte angehörend aus der Besitzlehre gleichsam auszuweisen, wie das Randa l. c. S. 86 ff. (vielleicht nach dem Muster von Savigny, Recht d. Bes. S. 37 f.) thut.

[30] Vgl. Krainz I S. 127.

[31] Wie nach der Darstellung von Randa l. c. aber auch von Unger II S. 344 N. 20, und Krainz I S. 173. Vgl. dagegen Strohal Succeß. i. d. Bes. S. 136 f. — In einem ganz anderen Sinn („Selbstwehr" gegen Sachen!) geht § 344 über § 19 hinaus nach Ofner Sachenr. S. 37.

[32] Dass § 344 wirklich nur vom juristischen Besitze spricht, erhellt nicht nur aus den Berathungen über diesen § (Ofner I S. 237 ff.), sondern schon aus der Erwägung, dass nach der zur Zeit seiner Abfassung herrschenden gemeinrechtlichen Theorie (vgl. Savigny l. c. S. 33), die besonders deutlich im Cod. Ther. II 24 Nr. 79 f. zum Ausdrucke kam, das Recht des Selbstschutzes zu den besonderen „commoda possessionis" gezählt wurde, ferner aus dem Zusatze in § 344 „in dem Falle, dass die richterliche Hilfe zu spät kommen würde" — richterliche Hilfe könnte ja nur der juristische Besitzer erwarten. Vgl. anderseits unten N. 36.

[33] § 344 löst somit in bejahendem Sinne (a. M. allerdings Unger II S. 340 N. 7, Burckhard II S. 545, Schiffner § 138 S. 162, Randa l. c. S. 226 N. 35) die neuestens viel er-

macht formell als Angriff erscheint, nicht als Vertheidigung des thatsächlichen Zustandes. Deshalb ist § 344 neben § 19 nicht überflüssig und in diesem Sinne bezeichnet er die Selbstvertheidigung nicht umsonst als ein besonderes „Recht des Besitzes". Ist dieses Verhältnis damit richtig erkannt, so steht es damit aber nicht im Widerstreit, anzuerkennen, daß einmal nach § 19 jedermann, also auch der „bloße Inhaber" einer Sache, Notwehr üben darf[34] gegen gewaltthätige Angriffe auf seine Person,[35] und dass ferner, ebenfalls nach allgemeinen Principien, jedermann auch zum Schutze fremden Gutes Notwehr erlaubt ist,[36] daher auch dem Inhaber im Interesse des juristischen Besitzers, für welchen er die Sache inne hat. Und in diesem Sinne darf gesagt werden, dass auch der bloße Detentor das Recht des Selbstschutzes habe;[37] das Recht, von welchem § 344 spricht, bleibt gleichwohl ein Vorrecht des juristischen Besitzers.

§ 43.

3. Zurückstellung der hinterlegten Sache.

a) Die Zeit der Rückstellung, bezw. die Dauer der Verwahrung (§ 961), braucht im Verwahrungsvertrage

α) gar nicht bestimmt zu sein;[1] dann steht jederzeit sowohl dem Hinterleger das Recht zu, die hinterlegte Sache zurückzufordern, als auch dem Verwahrer das Recht, dieselbe zurückzustellen (§ 963).[2] Es gilt dies vom entgeltlichen wie vom unentgeltlichen Depositum.[3]

örterte Frage, ob dem juristischen Besitzer gegen seinen Detentor Eigenmacht zuzugestehen sei, und dies m. E. in befriedigender Weise — vgl. auch Wendt Faustrecht S. 203 f., Exner krit. Vierteljahrschrift XXVI S. 63 ff., Hirsch Sachbesitzerwerb S. 728 f. gegen Baron l. c. S. 238 ff., Bekker l. c. S. 93 und Ihering l. c. S. 510 ff., ferner gegen die verkehrte Normierung des D. Entw. §§ 814 f., Gierke l. c. S. 307, Reatz l. c. S. 1131 —, wenn man sich nur gegenwärtig hält, dass die Selbsthilfe des juristischen Besitzers, abgesehen von den im Text sofort hervorzuhebenden Punkten, ihre Schranke findet überall, wo der Detentor der Sache seinerseits zugleich Rechtsbesitzer ist, worüber oben § 30 Zus. näheres gesagt ist. — Eine Bestätigung dieser Auffassung des §. 344 liefern die demselben entsprechenden Bestimmungen des Pr. L. R. I, 7 §§ 144 f.

[34] § 344 spricht, wie oben N. 32 ausgeführt ist, nur vom juristischen Besitzer. Aber für ein arg. a contrario — im Sinne Unger's Entw. d. bgl. Gb. für Sachsen S. 81 —, wonach dem bloßen Detentor das Recht der Nothwehr durch § 344 schlechthin versagt wäre, ist auch bei dieser Auffassung kein Raum; denn dies Recht ergibt sich eben ganz allgemein aus §. 19.

[35] Vgl. hiezu Gierke l. c. S. 307 und die das. N. 3 Citt., und oben N. 11.

[36] Vgl. § 2 lit. g. Str. G.: „Gerechte Nothwehr . . . um einen rechtswidrigen Angriff . . . von sich oder anderen abzuwehren."

[37] Unger l. c., Randa l. c. S. 87; diese Nothwehr ist aber auch kein besonderes Recht des „Inhabers", sie steht jedem irgendwie Angegriffenen zu: Krainz I S. 159.

[1] Vgl. oben § 38 N. 5.

[2] Nur so ist die Bestimmung des § 963 gemeint, dass „die Verwahrung nach Belieben aufgekündet werden" könne; vgl. Zeiller III S. 197. Im Wg. Gb. III § 136 war dieser Fall noch, sowie im Entw. Martini III, 4 § 35, einem „Bittleihen" gleichgestellt — eine Formulierung, von welcher man im a. b. Gb. mit Recht (s. Ofner II S. 60) abgieng.

[3] Lege non distinguente. Doch ist

β) Ist die „Verwahrungszeit" im Vertrage „ausdrücklich bestimmt" oder „sonst aus Nebenumständen" (§ 963), d. i. aus dem für den Verwahrer erkennbaren Zwecke der Hinterlegung zu entnehmen,[4] so gilt diese Zeitbestimmung stets als zu Gunsten des Hinterlegers gegeben (dies pro creditore adjectus),[5] andererseits aber als eine Bestimmung, welche ex fide bona unter billiger Rücksicht auf den Verwahrer auszulegen ist. Aus diesen Gedanken ergeben sich die Rechtssätze des § 962:

Der Hinterleger ist befugt, die Sache „auch noch vor Verlauf der Zeit" zurückzufordern; trotz jener Zeitbestimmung muss also der Verwahrer auf die Rückforderung zu jeder Stunde gefasst sein. Weil er aber doch berechtigt und verpflichtet war, sich auf die Verwahrung für die ganze bedungene Frist einzurichten, so kann er im Falle früherer Rückforderung[6] vom Hinterleger den Ersatz des ihm durch diese verursachten Schadens[7] begehren.

Der Verwahrer hingegen ist berechtigt, „die ihm anvertraute Sache früher zurückzugeben", wenn ein (bei der Übernahme der Verwahrung) „unvorhergesehener Umstand ihn außer Stand setzte, die Sache ohne seinen eigenen Nachtheil" länger zu verwahren; denn zu Opfern aus eigenem Vermögen ist er der Regel nach nicht verpflichtet.[8] Der Hinterleger ist daher solchen Falles, bei sonstiger mora accipiendi, verpflichtet, die Sache vor Ablauf der bedungenen Zeit zurückzunehmen.[9] Ebenso ist der Verwahrer befugt zur früheren

zu beachten, dass hier in der Art der Bestimmung oder der Vorauszahlung des Lohnes auch indirect die Zeit der Aufbewahrung bestimmt erscheinen kann.

[4] S. die vorige Note.

[5] Zeiller III S. 196; vgl. auch oben S. 103. Zu weit gehend fasst Nippel VI S. 275 die ausdrückliche Zeitbestimmung als „pro creditore" beigesetzt auch in dem Sinne auf, dass die Verwahrungspflicht noch nach Ablauf der Frist fortdauere, falls „der angegebene Zweck" noch nicht erreicht wäre.

[6] Es entsteht für den Hinterleger eine Ersatzpflicht „aus dem Gebrauche des Rechts" (§ 1305), bezw. er macht von seinem Rücktrittsrechte „auf eigene Gefahr" Gebrauch (vgl. Pfaff 3 Lehre v. Schadenerf. S. 44 f., Unger Handeln auf eig. Gef. S. 15 ff., welche aber gerade dieses Falles nicht gedenken) — nicht aber haftet der Hinterleger „nach allgemeinen Grundsätzen (§ 1295)" wegen Verschuldens (vgl. auch oben § 40 N. 5), wie Stubenrauch II S. 154, aber auch Krainz II, 1 S. 201 meint. Eben deshalb ist wohl eine ausdrückliche diesbezügliche Bestimmung im Gesetze nicht überflüssig, wie D. Mot. II S. 583, S. 570 behaupten.

[7] Z. B. die Kosten der Miete eines Locales oder der Anschaffung von Futter für die in Aussicht genommene Zeit; dagegen kann der Verwahrer nicht schlechthin den für diese Zeit bedungenen Lohn fordern, da eben (s. vorige Note) der Hinterleger das Recht des Rücktrittes hat. Vgl. Kirchstetter S. 499.

[8] Vgl. oben S. 304 f. und unten S. 326 f. Dieser „Zufall" trifft den Hinterleger: Schoberlechner G. Z. 1889 Nr. 32, S. 249.

[9] Auch in dieser Beziehung macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen

Rückgabe, ja er erscheint hiezu, oder doch zur Anzeige an den Hinterleger, welcher dann entscheiden mag,[10] verpflichtet, falls ein derart „unvorhergesehener Umstand" ihm die weitere Aufbewahrung mit voller Sicherheit unmöglich machte.[11] Würde in dem einen, wie dem andern Falle die Zurücknahme der Sache durch den Hinterleger verweigert, oder wäre die Zurückstellung oder die rechtzeitige Verständigung des Hinterlegers unthunlich, so steht dem Verwahrer der Erlag der Sache bei Gericht oder auch die Übertragung der Sache in die Verwahrung eines Dritten frei (arg. § 965).[12]

Für die Verzögerung der Zurückstellung haftet der Verwahrer nach den für die mora debitoris geltenden allgemeinen Grundsätzen.[13] Sowohl bei einem „nach Belieben aufkündbaren" (§ 963) Depositum, als auch, wenn der Hinterleger von seinem Rechte der Rückforderung vor dem bedungenen Termine (§ 962) Gebrauch macht, ist dem Verwahrer stets ein „modicum tempus" (§ 904) zuzubilligen,[14] so viel Zeit nämlich, als er füglich brauchen darf, um ohne arge Störung seiner Geschäfte die in Verwahrung genommenen Objecte zur Stelle zu schaffen. Von den Wirkungen der mora restituendi kommt hier nur in Betracht der Übergang der Gefahr des Zufalles auf den säumigen Verwahrer (§ 965) und die Verpflichtung zum Ersatze des Interesse des Hinterlegers; dagegen ist bei einem depositum regulare — auch von Geld — nicht ohne weiteres ein Anspruch auf Verzugszinsen begründet.[15]

unentgeltlicher und entgeltlicher Verwahrung, vgl. Krainz l. c., obgleich dies nicht ohne praktische Bedenken ist; s. Kirchstetter l. c., vgl. Pr. L. R. I, 14 § 48.

[10] Vgl. oben § 41 N. 9 u. 27. — Erklärt sich der Hinterleger infolge dieser Anzeige mit der verminderten Sicherheit zufrieden, so kann der Verwahrer nicht mehr auf der Zurücknahme der Sache bestehen und ist daher auch nicht berechtigt, dieselbe bei Gericht oder einem Dritten zu deponieren.

[11] Beispiele bei Zeiller III S. 197

[12] Vgl. oben S. 308.

[13] Übrigens gehört § 965, welcher den Übergang der Gefahr als Folge der mora des Schuldners statuiert, zu den wenigen „dürftigen Bestimmungen über die Mora" im a. b. Gb. (Unger II S. 545 N. 39); gerade aus seiner Fassung geht hervor, dass das Gesetz nur an „verschuldete" Mora denkt („casus mixtus"), vgl. Schey Mora cred. S. 82 f. und die Citt. das. S. 16 f. N. 2, Hasenöhrl II S. 328 f., Krainz II, 2 S. 243 f. N. 14, Schoberlechner l. c. S. 259, andererseits aber Strohal Gutachten S. 151.

[14] Die Restitution kann „sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub, gefordert werden": § 904; vgl. dazu Zeiller III S. 90: „eine solche Frist zu gestatten, die vermöge des gewöhnlichen Ganges der Dinge ... nach Verschiedenheit der Gegenstände nothwendig ist". Umsomehr muss daher auf etwaige publicierte Reglements betreffend die Ausfolgung Rücksicht genommen werden, s. Slg. 6222.

[15] Die Verpflichtung des Verwahrers hat zwar Geldstücke zum Gegenstand, ist aber keine „Geldschuld" im eigentlichen Sinne (s. oben S. 95 f.). Nur für „Geld-

b) Die Zurückstellung hat an dem Orte zu geschehen, welcher im Vertrage bedungen ist,[16] oder, in Ermanglung solcher Verabredung, dort, wo die Sache thatsächlich verwahrt ist[17] — es wäre denn, daſs der Verwahrer die Sache vertragswidrig und „ohne Noth" (§ 965, § 962) an einen anderen als den ursprünglich in Aussicht genommenen Ort gebracht hätte.[18] Die, ex aequo et bono zu beurtheilende, Verpflichtung des Depositars ist eine Holschuld.[19]

c) Die hinterlegte Sache ist „mit allem Zuwachse" (§ 961) zurückzustellen; die Restitutionspflicht erstreckt sich auf etwaige Pertinenzen,[20] Accessionen i. e. S. und Früchte, endlich auf die vom Verwahrer bezüglich dieser Sache etwa gegen dritte Personen erworbenen Rechtsansprüche, deren Cession der Hinterleger verlangen kann.[21] Aller Zuwachs aber bildet einen Gegenstand nicht nur der Restitutionspflicht des Verwahrers, sondern von dem Augenblicke, da er in seine Hand gelangte, einen Gegenstand seiner vertragsgemäßen „Obsorge" (custodia) und deshalb auch möglicherweise den Gegenstand einer selbständigen Klage aus dem Verwahrungsvertrage,[22] — dies ohne Unterschied, wie der Zuwachs entstanden sein mag, ob mit oder ohne sein Zuthun, ob er zu dessen Gewinnung berechtigt war oder nicht. Aus diesem Grunde[23] hat insbesondere der Depositar,

schulden" aber gilt die gesetzliche Normierung des Interesses des Gläubigers durch das Maß der gesetzlichen Zinsen (§ 1333, Hfdkr. v. 18. Jänner 1842, J. G. S. 592). Bei verzögerter Zurückstellung (regulariter) deponierten Geldes ist also dem Deponenten die Liquidierung eines höheren Interesses, sowie dem Depositar der Nachweis geringerer Höhe des Schadens freigestellt, während die herrschende Lehre (s. nur Hasenöhrl I § 20 N. 30 u. 31) dies bei Verzugszinsenforderung mit Recht ausschließt.

[16] Wobei Interpretationsfrage bleibt, ob der Transport an diesen Ort auf Kosten des Deponenten oder Depositars zu geschehen hat; vgl. L. 12 pr. D. h. t.

[17] Die subsidiäre Regel des § 905 (Leistung „an dem Orte, wo das Versprechen gemacht worden ist") kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil eben „aus der Natur des Geschäftes" folgt, daſs die Aufbewahrung nicht gerade an dem Orte des Contractschlusses zu geschehen hat (vgl. Reatz Lehr. v. Erfüllungsort S. 47 f.) und anderseits, daſs der Verwahrer im Zweifel keine Kosten zu tragen hat; vgl. Zeiller III S. 197 f., Scheidlein Handb. II S. 404.

[18] Vgl. oben S. 305, Cohn S. 899, Schweiz. Obl. R. Art. 480.

[19] Cohn S. 899; Dernburg Pr. R. II S. 650, D. Entw. § 620, Reatz Gutacht. aus d. Anwaltstande S. 537, 545.

[20] Cod. Ther. l. c. Nr. 18 erwähnte die Pertinenzen besonders; über den Inhalt verschlossener Behältnisse s. oben S. 300.

[21] Vgl. noch unten S. 321 und oben S. 229.

[22] Für das classische römische Recht scheinen (L. 1 § 5 D. h. t.) diesbezüglich Bedenken bestanden zu haben, die sich aus der Klageformel herleiteten (vgl. Jhering Jahrb. f. d. Dogm. I S. 35 f., Brinz II S. 611 N. 57, Ferrini Arch. giurid. LIII p. 287); und offenbar in Erinnerung an L. 1 § 5 cit. sagte Cod. Ther. l. c. und Horten's Entw. III, 6 § 18 noch ausdrücklich, daſs auch die „Zubehörungen" „in dem Hinterlegungscontracte mitbegriffen" seien.

[23] Über die Geltung des im Texte

welcher unbefugter Weise[24] das ihm anvertraute Geld für sich verwendet, den mit diesem Gelde erzielten Gewinn[25] herauszugeben, mindestens aber vom Zeitpunkte dieser Gebrauchsanmaßung an dem Hinterleger die gesetzlichen Zinsen zu vergüten.

4. Ersatzansprüche des Hinterlegers treten an die Stelle des Zurückstellungsanspruchs,[26] wenn, und so weit, infolge eines vom Verwahrer zu vertretenden Umstandes[27] die Rückgabe unterbleibt, oder nach Zeit und Ort nicht gehörig erfolgt. Es gelten diesbezüglich die allgemeinen Normen des 30. Hauptstückes des II. Theiles des a. b. Gb. Hier sei nur Folgendes besonders hervorgehoben.

Bei concurrierendem Verschulden des Hinterlegers ist das Verhältnis der Größe der beiderseitigen culpa in Anschlag zu bringen (§ 1304), was nicht immer gerade zur Halbierung des Schadens führt, ja unter Umständen, bei weitaus überwiegender Schuld des Hinterlegers, zur völligen Exculpierung des Verwahrers führen kann.[28] Als Fahrlässigkeit des Hinterlegers kann es insbesondere in Betracht kommen, dass er den Verwahrer auf den besonderen Wert, oder die besondere Gebrechlichkeit u. dgl., der ihm verschlossen übergebenen Sachen nicht aufmerksam machte,[29] oder dass er die Person des Verwahrers wählte, obgleich ihm bekannt war, dass es diesem an den zur Sicherheit der Sachen nothwendigen besonderen Kenntnissen oder Vorkehrungen fehle (§ 1299 a. E.).

---

folgenden Satzes nach österreichischem Rechte ist man einig, s. Scheidlein l. c. S. 403, Unger in Haimerls Vrtljhrschr. XIV S. 120 N. 3, Randa Z. Lehre v. d. Zins. S. 18, Krainz II, 1 S. 129 f. Der Rechtsgrund aber dieser Zinsenpflicht kann nicht die culpa des Depositars sein (§ 1295), weil es an einem Schaden für den Deponenten fehlt, s. Rippel VI S. 272 f., aus demselben Grunde ebensowenig die Bereicherung des Verwahrers, sondern nur der schon von Zeiller III S. 195 angedeutete, dass der Depositar, welcher kein Gebrauchsrecht hat, den Ertrag seines Gebrauches als Zuwachs herauszugeben hat (anders Dernburg Pr. R. II S. 94), wobei das Gesetz, wie überall (s. oben N. 15) die gesetzlichen Zinsen als den ein für allemal feststehenden Ertrag eines Geldcapitals annimmt. Vgl. auch D. Mot. II S. 539 f.

[24] Bei erlaubter Nutzung (depositum irregulare) könnte nur von vertragsmäßigen oder von Verzugszinsen die Rede sein; vgl. Brinz II S. 604 N. 13.

[25] Z. B. einen mit demselben erzielten Lotteriegewinn.

[26] In dem Falle Slg. 11469 wurde die Klage auf Zurückstellung wegen Unmöglichkeit derselben abgewiesen und — wohl allzu formalistisch — die Entschädigungsklage einem neuen Processe vorbehalten.

[27] Bei Hinterlegung in öffentlichen Lagerhäusern tritt nach § 15 Lagerhausges. „im Falle eines Feuerschadens die Versicherungssumme an Stelle der Ware".

[28] Vgl. besonders Pfaff l. c. S. 34 ff., auch Schey l. c. S. 69 ff.

[29] Vgl. Slg. 5189. — S. auch oben § 40 N. 19.

Im Falle der Unterschlagung des Depositums hat der Verwahrer „den Wert der besonderen Vorliebe" (§ 1331) zu ersetzen.[30]

Die Art des Ersatzes ist ex bono et aequo zu beurtheilen; soferne also die Reparatur einer Beschädigung möglich ist, ist dieselbe dem Verwahrer nachzulassen, nicht aber durchaus der Ersatz in Geld zu fordern (§ 1323), sowie hinwiederum dem Hinterleger nach Umständen nicht verwehrt werden kann (arg. § 980), die sehr entwertete Sache dem Verwahrer zu überlassen und vollen Ersatz in Geld zu verlangen, statt der Rückstellung der entwerteten Sache und ergänzenden Theilersatzes.[31]

Bei Leistung des Ersatzes für eine verlorene, und dann wiedergefundene Sache, kommt § 980 zur analogen Anwendung.[32]

In Bezug auf die Verpflichtung des Depositars zur Cession seiner Klagen gegen dritte Personen,[33] durch welche ihm die gehörige Zurückstellung unmöglich gemacht wurde, sowie über die Concurrenz von Delictsklagen des Hinterlegers gegen den Verwahrer mit der Klage aus dem Verwahrungsvertrag[34] genügt es, auf das oben (§ 32) für den Leihvertrag Ausgeführte zu verweisen.

§ 44.

5. Der Beweis der Ansprüche des Hinterlegers aus dem Verwahrungsvertrage (actio depositi directa) regelt sich zunächst nach allgemeinen Grundsätzen. Den Kläger (Deponenten) trifft die Last des Beweises des geschlossenen Vertrages, also der Übergabe der hinterlegten Sache zum Zwecke der „Obsorge" (res und consensus).[1] Zur Sicherung dieses Beweises dient die Ausstellung eines Depotscheines durch den Verwahrer. Auch wo diese vorher

---

[30] Es liegt eine „durch ein Strafgesetz verbotene Handlung" (§ 1331) vor, das Verbrechen oder die Übertretung der „Veruntreuung": § 183, § 461 Str. G. — Ist der Hinterleger nicht der Eigenthümer, so kann nicht schlechthin der Sachwert gefordert werden, sondern es kommt darauf an, welcher Art das Interesse desselben an der Sache ist; vgl. hiezu Slg. 11957.

[31] Es besteht aber diesbezüglich kein fester Rechtssatz, wie etwa im Pr. L. R. I, 14 § 86 (dazu Dernburg Pr. R. II S. 650 N. 20), sondern das arbitrium boni viri hat zu entscheiden; so richtig Slg. 668, 11260, vgl. auch Slg. 8611.

[32] Vgl. dazu die Erörterungen oben § 32 Zus.

[33] Vgl. oben S. 234 f. Einen ipso-jure-Übergang der Ansprüche des Verwahrers auf den Hinterleger, wie ihn Cod. Ther. l. c. Nr. 38 statuierte (cf. Collatio X c. 7 § 8), kennt das a. b. G. nicht; s. dagegen auch D. Mot. II S. 575. Vgl. auch § 15 Lagerhausges. cit. oben N. 27.

[34] S. oben S. 235.

[1] So besonders bei qualificiertem Zugeständnis des Empfanges; vgl. Slg. 4439 (Depositum oder Pfand?)

bedungen oder etwa statutarisch festgesetzt[2] ist, erscheint der Depotschein im Zweifel stets nur als Beweismittel,[3] nicht als Dispositivurkunde,[4] daher weder die Giltigkeit des Vertrages durch die Ausfertigung, noch die Legitimation zur Rückforderung des Depositums durch den Besitz des Scheines[5] bedingt. Eine, hier nicht weiter zu verfolgende, Ausnahme bilden in dieser Richtung die von öffentlichen Lagerhäusern auszustellenden Lagerscheine (§§ 17, 23, 29 Lagerhausges.), welche als indossable Papiere zugleich die ausschließliche Berechtigung zum Bezuge der eingelagerten Waren für den berechtigten Inhaber begründen.[6]

Den Beklagten (Depositar) trifft der Gegenbeweis, dass die hinterlegte Sache bereits ordnungsmäßig zurückgestellt, oder deren Zurückstellung[7] ohne eine von ihm zu vertretende Schuld vereitelt worden sei (§ 1298).[8] Gegenüber einem vom Verwahrer dargelegten Zufall hätte eventuell der Kläger den Beweis anzutreten, dass es sich um einen „casus mixtus" (§ 965),[9] also gleichwohl ein Verschulden des Geklagten handle, wogegen dieser (in dem 3. Falle des § 965) wieder beweisen könnte, dass derselbe Zufall die Sache auch beim Hinterleger getroffen hätte.[10]

Besonderes in Bezug auf den Beweis, aber indirect auch in materiellrechtlicher Beziehung, normiert im Anschlusse an die gemeinrechtliche Praxis[11] der § 966 a. b. Gb. für den Fall, dass Sachen in

---

[2] Vgl. z. B. die „Bestimmungen für den Geschäftsverkehr der österr.-ungar. Bank" (1892) XVII, Punkt 5.

[3] S. über die Form von Schuldscheinen oben S. 160 ff.

[4] Vgl. oben S. 159 f.; Dernburg Pr. R. II S. 646, Förster-Eccius II S. 325 f. N. 8, Slg. 11136.

[5] Dass die Ausfolgung des Depositums nur gegen Rückstellung des Depositenscheines zu geschehen braucht — s. P. 7 der oben cit. „Bestimmungen" — ist nur eine Anwendung der Norm des § 1428 und die Unterscheidung, welche Slg. 11136 diesbezüglich gemacht wird, kaum gerechtfertigt.

[6] Vgl. § 29 Lagerhausges.; dazu Adler S. 72 f. S. 165 ff. Über Depositen zu Gunsten des Überbringers s. oben S. 303.

[7] Auch die bedungene Zeit der Rückstellung hat, da dieselbe (§ 962) den Hinterleger nicht bindet, der Verwahrer zu beweisen, soferne er daraus Rechte ableitet; vgl. oben S. 317.

[8] Slg. 12224 (bedenklich Slg 2784). — Auch bezüglich der Verwendung und des Gebahrens von Gehilfen (vgl. oben S. 308 f.), sowie des Verlustes auf dem von ihm besorgten Rücktransporte (oben S. 319) trifft den Verwahrer der Beweis seiner Schuldlosigkeit; Slg. 11413.

[9] Unger II S. 516 N. 10.

[10] Unrichtig in diesem Punkte die Entscheidung der 2. Instanz Slg. 12224. — Über den weiteren Gegenbeweis des Klägers, dass er die Sache bei rechtzeitiger Zurückstellung noch vor Eintritt des „Zufalles" veräußert hätte, s. Unger, Haimerls Vrtljhrschr. XIV S. 131 f. N. 10, Windscheid II § 280 N. 15.

[11] Vgl. Gruchot S. 810 f.

einem Behältnisse oder einer Verpackung „verschlossen oder versiegelt“ hinterlegt[12] sind.

a) Erscheint bei der Rückstellung „Schloss oder Siegel verletzt“ — was im Streitfalle der Hinterleger zu beweisen hätte —, so ist der Hinterleger zur Beschwörung des von ihm behaupteten Abganges und des durch denselben ihm verursachten Schadens zuzulassen, soferne der Richter nicht mit Rücksicht auf „Stand, Gewerbe, Vermögen und die übrigen Umstände“ die Angaben des Hinterlegers für unwahrscheinlich hält.[13] Die eigenthümliche Natur dieses **Schätzungseides des § 966** gegenüber den in der a. G. O. (§§ 214 ff., Wg. G. O. §§ 288 ff.) normierten Eiden liegt darin, dass der Deponent auch die Thatsache des Abganges aus dem hinterlegten Behältnisse (das „quale“), nicht bloß die Größe (das „quantum“) seines Schadens beschwört, sowie darin, dass er keinen dolus auf Seite des Verpflichteten voraussetzt.[14] Dem Richter steht das Recht zu, die vom Kläger beschworene Schadenssumme zu mäßigen.[15] Der Eid des § 966 ist ausgeschlossen, wenn der Verwahrer den Gegenbeweis führt, dass die fragliche Verletzung des Verschlusses bereits bei Hingabe des Depositums bestand,[16] oder aber in der Folge ohne ein von ihm zu vertretendes Verschulden[17] entstand. Zur Sicherung dieses letzteren Beweises wird natürlich die — im Gesetze übrigens nicht vorgeschriebene — sofortige Anzeige der geschehenen zufälligen Verletzung stets empfehlenswert sein.[18] Zusatz.

Ist durch diesen Gegenbeweis das besondere Beweismittel des § 966 dem Hinterleger entzogen, so bleibt diesem aber immer noch der gewöhnliche Beweis seiner Ansprüche offen; er kann durch alle sonst zulässigen Beweismittel den Verlust oder die Beschädigung des Inhalts des hinterlegten Behältnisses beweisen — wogegen der Verwahrer seine Schuldlosigkeit in dieser Beziehung darzuthun hätte — und bei gelungenem Beweise des Verlustes oder der Beschädigung mag er dann auch die Höhe seines Schadens durch den gerichts-

---

[12] Über eine eigenthümliche Art solcher Depositen s. unten S. 394.

[13] Beispiele von hiebei zu berücksichtigenden Umständen s. bei Zeiller III S. 202.

[14] Wie das juramentum in litem des § 214 a. G. O.; vgl. Ullmann Civilproc. S. 279, Pratobevera Material. V S. 240.

[15] S. unten N. 28.

[16] § 966: „Wenn . . . . in der Folge das Schloss oder Siegel verletzt worden.“

[17] Vgl. dazu unten N. 25.

[18] Sie wird zu den für die Zulassung des Eides maßgebenden Umständen (s. oben bei N. 13) zählen; Zeiller III S. 203. Nach Pr. L. R. I, 14 § 34 ist die Anzeige Bedingung der Einrede des Zufalls.

ordnungsmäßigen Quantitätseid (§ 217 a. G. O., § 291 Wg. G. O.) feststellen.

b) Das Gesagte gilt auch für den Fall, dass das ganze verschlossene Depositum in Verlust gerathen ist (§ 966 a. E.). In diesem Falle kann der Eid sogar strenge genommen durch gar keinen Gegenbeweis des Verwahrers ausgeschlossen werden;[19] immerhin kann dieser aber den Richter überzeugen, dass der vom Kläger behauptete Schaden nicht „wahrscheinlich", dieser daher zum Eide nach § 966 nicht zuzulassen sei.[20]

c) Bei Zurückstellung des Depositums mit unverletztem Verschlusse treten die gewöhnlichen Beweisnormen in Kraft; irgend eine Rechtsvermuthung in dieser Richtung enthält § 966 nicht.[21]

d) Materiellrechtlich geht aus den dargelegten Bestimmungen des § 966 hervor, dass der Verwahrer bei Übernahme eines verschlossenen Depositums gleichwohl auch die Haftung (custodia) für den ihm unbekannten Inhalt auf sich nimmt.[22]

Zusatz. Was die Natur des **Schätzungseides des § 966** betrifft, so geht die in unserer Literatur herrschende Lehre davon aus, dass § 966 eine Rechtsvermuthung aufstelle. Sei eine Verletzung von Schloss oder Siegel constatiert, so werde präsumiert, dass dieselbe vom Verwahrer in böser Absicht bewirkt und das Depositum von ihm angegriffen sei. Darnach stünde der Abgang, das „quale" des Schadens des Hinterlegers fest und der Eid, welchen § 966 ihm freistellt, wäre in der That

[19] Wenn anders dieser — weder dem Wg. Gb. III §§ 139 f., noch dem Pr. L. R. l. c. bekannte und bei der (Revision ohne weitere Begründung s. Ofner II S. 408) aufgenommene — Zusatz des § 966 irgend eine Bedeutung haben soll; denn dass gegenüber der Rückforderung des Hinterlegers der Verwahrer seine Schuldlosigkeit an dem Verluste überhaupt zu beweisen hat (was Füger-Wessely Gerichtl. Verf. [7. Aufl.] I S. 186, Ellinger S. 364 anführen), ergibt sich schon aus § 1298. Vgl. auch Rippel VI S. 283.

[20] Was praktisch freilich ziemlich auf dasselbe hinauskommt; aber es bleibt doch von Wichtigkeit, dass es sich hier nicht um einen vom Geklagten regelrecht anzubietenden Gegenbeweis handelt, sondern um ein vom Richter, auch bei Contumaz des Beklagten (Ullmann l. c. S. 280) zu übendes arbitrium. S. auch Slg. 5189, wo richtig zwischen den „Anführungen des Klägers" und dem Ergebnisse der „Verhandlung" unterschieden ist.

[21] Wie Pr. L. R. I, 14 § 27, vgl. Dernburg Pr. R. II S. 651 f. N. 33. Der Commentar von Zeiller III S. 201 folgt hier dem Pr. L. R., hat aber in § 966 keinen Anhalt.

[22] Vgl. Winiwarter IV S. 162, L. 1 § 41 D. h. t. (dazu oben § 43 N. 22); Slg. 2926; zu weitgehend aber ist die Behauptung, welche sich in der Entscheidung der 2. Instanz Slg. 4530 und 5664 findet, dass aus § 966 die Haftung des Verwahrers für jeden Diebstahl folge. — Die Unkenntnis des Inhalts des Depositums mindert aber unter Umständen thatsächlich die Verantwortlichkeit des Verwahrers und steigert die Gefahr für den Hinterleger; s. oben S. 320, Cohn S. 893 und unten S. 394.

nur der gewöhnliche, in § 214 a. G. O. normierte Würderungseid.[23] Allein, mögen auch bei der Entstehung des § 966 derartige Vermuthungen legislatorisch mitgewirkt haben,[24] in der Gesetzesstelle selbst ist dieser Gedanke nicht zu finden. Würde dieselbe wirklich diese Vermuthung statuieren wollen, so müsste der zu ihrer Entkräftung nöthige Gegenbeweis dahin gehen, dass kein Abgang und keine Beschädigung des Inhalts des deponierten Behältnisses vom Verwahrer verschuldet sei. So sagt aber § 966 nicht! Er lässt vielmehr zur Ablehnung des Eides des Hinterlegers den Gegenbeweis genügen, dass die Verletzung des Verschlusses ohne Verschulden des Depositars eingetreten sei. Auch Wg. Gb. III. § 139, welches allerdings von der „Vermuthung" eines „Verschuldens des Verwahrers" sprach, bezog nach seinem klaren Wortlaute diese Vermuthung bloß auf die Verletzung von Siegel und Schloss.[25] Diese „Vermuthung" aber enthält in Wahrheit gar nichts Besonderes; sie ist nur, wie so viele andere, der Ausdruck der natürlichen Beweisregel,[26] hier der Norm des § 1298, aus welcher ohnehin schon folgt, dass der Verwahrer, welcher das Depositum nicht „in eben dem Zustande, in welchem er es übernommen hat" (§ 961) zurückstellt, seine Schuldlosigkeit zu beweisen hat. Das Besondere des § 966 liegt also nicht in der Vertheilung der Beweislast, sondern darin, dass er das Beweismittel des Eides über die Thatsache des Abganges aus dem Depositum zugleich mit der Beschwörung der Höhe des Schadens zulässt. Die im § 966 aufgenommene Verweisung auf die „Vorschrift der Gerichtsordnung" will demnach nicht die Identität dieses Eides mit den gewöhnlichen Schätzungseiden bezeugen, sondern nur darauf hindeuten, dass in Bezug auf die processualen Formen[27] der Anbietung, Zulassung und Leistung des Eides, sowie in Bezug auf das richterliche Mäßigungsrecht[28] die in der G. O. gegebenen Regeln gelten.

§. 45.

6. Ansprüche des Verwahrers gegen den Hinterleger.

a) Ersatzansprüche (actio depositi contraria) können dem Verwahrer erwachsen,

[23] S. die Darstellung bei Pratobevera l. c. S. 241, Zeiller III S. 201 f., Nippel VI S. 281 f., Stubenrauch II zu § 966, Ullmann l. c. S. 279, Canstein Lehrb. d. öst. Civilpr. (2. Aufl.) I S. 589 f., Krainz II, 1 S. 201, auch Unger II S. 563 N. 22a, während Füger-Wesselý c. S. 185 f. richtig den Eid des § 966 von den Eiden des § 214 a. G. O. trennt.

[24] Vgl. Gruchot S. 810 ff., Glück XV S. 186 f., Ofner II S. 408.

[25] Ebenso Pr. L. R. I, 14 §§ 28, 33. — Dass das Thema der „Rechtsvermuthung" des § 966 die Verletzung des Verschlusses, nicht der Verlust des Inhalts des Depositums ist, ist wichtig auch deshalb, weil daraus folgt, dass der im § 966 dem Verwahrer vorbehaltene Gegenbeweis nicht ausgeschlossen ist, auch wenn ein Fall vorliegt, wo er nach § 965 für casus mixtus haftet; so richtig Nippel VI S. 284.

[26] Vgl. Unger l. c. S. 590 ff.

[27] Vgl. Ullmann l. c. S. 279 N. 2.

[28] Die Zulässigkeit der richterlichen taxatio ergibt sich übrigens schon aus dem im § 966 selbst zugelassenen richterlichen arbitrium (s. oben N. 20); dagegen mit Unrecht Pratobevera l. c. S. 252 f.

α) falls er aus Anlass des Depositums durch Verschulden[1] des Hinterlegers Schaden leidet (§ 967); so, wenn die Übergabe der betreffenden Sache selbst als culpa erscheint,[2] oder wenn etwaige (nachträgliche) Weisungen des Hinterlegers bezüglich des Gebarens mit der Sache dem Verwahrer, ohne dass er dies voraussehen musste, Gefahr brachten,[3] oder wenn der Hinterleger mit der Rücknahme des Gegenstandes in Verzug geräth.[4] In all' diesen Richtungen haftet der Hinterleger den allgemeinen Grundsätzen gemäß für omnis culpa (§§ 1295, 1324).

β) Bei vorzeitiger Rückforderung der Sache durch den Hinterleger (§ 962).[5]

γ) Wegen auf die Sache gemachten Aufwands (Impensen). In dieser Beziehung enthält § 967 drei Rechtssätze:

I. Nothwendige Auslagen (Kosten), d. i. solche, welche der Verwahrer, um seiner Vertragspflicht nachzukommen, machen musste, sind ihm vom Hinterleger unbedingt zu ersetzen. Nothwendig in diesem Sinne sind vor allem die Kosten der Erhaltung (§ 967) der seiner „Obsorge" anvertrauten Sache, aber auch die Kosten der Erzielung derjenigen Nutzungen, zu deren Gewinnung für den Hinterleger der Verwahrer nach den besonderen Umständen etwa verbunden war,[6] oder der Besorgung derjenigen Geschäfte, welche dem Verwahrer als Nebenpflicht oblagen (arg. § 1014). Sie sind dem Verwahrer unbedingt zu ersetzen, d. h., soferne sie ihm zur Zeit ihrer Aufwendung zweckmäßig erscheinen mußten,[7] auch dann, wenn ihr Erfolg hinterher vereitelt wurde,[8] also die Sache etwa gleichwohl

---

[1] § 967 enthält nicht (vgl. Unger Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 318 ff.), wie § 1014 den Zusatz, dass überhaupt „aller mit der Erfüllung des Auftrages verbundene Schaden" zu ersetzen sei — ein Gegensatz zwischen Depositum und Mandat, welcher im Wg. Gb. III §§ 113 und 141, wo beide Geschäfte in nahem Zusammenhange behandelt waren, noch deutlicher zum Ausdrucke kam. Die Heranziehung des § 1014 zur Ergänzung des § 967 bei Winiwarter IV S. 163 und Stubenrauch II S. 158 erscheint daher nicht unbedenklich.

[2] So die von den Commentaren (s. etwa Zeiller III S. 204, Winiwarter IV S. 163) angeführten Beispiele: Übergabe eines mit einer verborgenen ansteckenden Krankheit behafteten Thieres, oder feuergefährlicher Stoffe ohne Warnung.

[3] Vgl. dazu oben § 41 bei N. 7 und 8.

[4] Vgl. Zeiller l. c. Als Basis dieser Ersatzpflicht ist die in dem Verzuge gelegene culpa gedacht, s. Schey Mora cred. S. 129 ff.

[5] Dass es sich hier um keine Culpa-Haftung handelt, s. oben § 43 N. 6, 7.

[6] Zeiller l. c.

[7] Vgl. D. Entw. § 621 und nun in weit besserer Fassung Entw. 2. Lesung § 633 resp. § 601.

[8] Es ergibt sich dies aus der Entgegenstellung der Norm des § 967 selbst über den Ersatz von Kosten zur „Vermehrung der fortdauernden Nutzungen" (unten III), und aus § 1036, nach welchem selbst der zu nichts verpflichtete

durch einen casus zu Grunde gegangen, oder der zu gewinnende Ertrag dem Hinterleger dennoch nicht zugekommen wäre. Bei entgeltlichem Depositum bleibt es allerdings eine Frage der Vertragsauslegung, ob und in wie weit etwa derartige Kosten aus dem bedungenen Entgelt zu bestreiten waren, somit auf Rechnung des Verwahrers gehen.[9]

II. Hat der Verwahrer bei gemeinsamer Gefahr unter Preisgebung (Aufopferung) eigenen Gutes das ihm anvertraute Gut gerettet,[10] so kann er vom Hinterleger „angemessenen Ersatz" (§ 967) fordern, nicht also schlechthin den Wert des geopferten Gutes, und nicht, falls die Rettung des fremden mislungen wäre.[11] Die Höhe der Entschädigung hat das richterliche Ermessen mit Rücksicht auf das Wertverhältnis der geopferten und der geretteten Sache, auf die Zweckmäßigkeit des Opfers[12] und das Interesse des Hinterlegers[13] zu bestimmen.

III. Für nützliche Verwendungen, d. i. solche, zu welchen er nicht verpflichtet war,[14] mögen sie auch dem Hinterleger Vortheil bringen, kann der Verwahrer, gleich einem Geschäftsführer ohne Auftrag,[15] nur dann und insoweit Vergütung begehren, als sie bei

---

negotiorum gestor Ersatz beanspruchen kann, „wenngleich die Bemühung ohne sein Verschulden fruchtlos geblieben ist"; vgl. auch Krainz II, 1 § 356 N. 16. Gegen die Berufung auf § 1014 in diesem Punkte s. oben N. 1.

[9] Vgl. oben S. 306; auch D. Mot. II S. 581.

[10] An sich scheint auch der 2. Satz des § 967 von „zur Erhaltung der Sache" nothwendigem Aufwand zu sprechen (Zeiller III S. 204); allein, soll darin kein Widerspruch mit dem 1. Satze des § 967 liegen, so muss dieser 2. Satz auf den im Texte bezeichneten Fall der „gemeinsamen Gefahr" (§ 964) beschränkt werden, welcher von jeher Gegenstand besonderer Erörterungen war (s. nur Glück XV S. 181 ff.)

[11] Er hat hier nicht, wie im I. Falle unbedingt Anspruch auf Ersatz, er ist aber auch zu solcher „Aufopferung" nicht verpflichtet (§ 964), vgl. oben S. 304.

[12] „Konnte die Rettung mit einem minderen Aufwande geschehen, so kann der Verwahrer nur diesen fordern": Zeiller III S. 204 (nach dem Muster von Pr. L. R. I, 14 § 23); nicht stichhältig ist, was Nippel VI S. 286 dagegen einwendet. Jedenfalls kann der Verwahrer nicht, wie Ellinger zu § 967 meint, schlechthin den Wert der geopferten Sache fordern, wenn dieser den Wert der geretteten übersteigt.

[13] Vgl. oben § 32 N. 22 und 23.

[14] Wozu in der Regel (s. oben bei N. 6) überhaupt der Aufwand zur Gewinnung von Früchten für den Deponenten gehört.

[15] Hier trifft für „impensae utiles" in der That (anders als für den Commodatar, oben § 33 N. 21) der Gesichtspunkt der negotiorum gestio zu, welchen nach dem Vorgange von Zeiller die Commentare zu § 967 benützen. Auch das Pr. L. R. l. c. §§ 44 f., ebenso schon Cod. Ther. III, 6 Nr. 52, legen diesen Maßstab nur bezüglich der nützlichen Verwendungen an, im Gegensatze zu den nothwendigen. Den Verwahrer in Bezug auf alle Arten von Aufwand als negotiorum gestor zu charakterisieren, wie dies sogar Krainz II, 1 S. 201 (II, 2 S. 322) thut, ist systematisch falsch, weil der Verwahrer zu „nothwendigen" Verwendungen eben aus dem Vertrage verpflichtet ist (so richtig Slg. 12532), mag auch im praktischen Resultate der 1. Satz des § 967 mit der Norm des § 1036 übereinkommen. (Dass dieser

der Rückstellung des deponierten Gegenstandes als thatsächliche Vermehrung seines Wertes dem Hinterleger zu Gute kommen.[16] Die Mahnung des § 1037 gilt eben auch für das Verhältnis zwischen Depositar und Deponenten; will dieser „bloß um den Nutzen des andern zu befördern" Auslagen machen, so „soll er sich um dessen Einwilligung bewerben."[17]

b) Nach dem Inhalte des Vertrages kann dem Verwahrer ein Anspruch auf Lohn — sei es in Geld, sei es in anderen Vortheilen[18] — zustehen, ein Anspruch auf eine Gegenleistung für die übernommene Obsorge.[19]

Dies Entgelt kann ausdrücklich, es kann auch „stillschweigend" bedungen sein. Als maßgebend für die Interpretation in letzterem Sinne macht das Gesetz (§ 969) insbesondere den „Stand", das Gewerbe des Aufbewahrers namhaft;[20] die Höhe des Lohnes hätte in solchem Falle der Richter zu bemessen (§ 1152). Dagegen handelt es sich gar nicht um eine Willensauslegung,[21] wo ein Gesetz gewissen Personen schlechthin einen Anspruch auf Entlohnung für die Aufbewahrung von Sachen gewährt.[22]

§ 46.

c) Zur Geltendmachung aller im vorigen § genannten Ansprüche steht dem Verwahrer das Rechtsmittel der Klage,[1] gegebenen Falles auch der Widerklage, zu Gebote, nicht aber

---

Gesichtspunkt übrigens auch zu falschen Consequenzen verleitet, zeigt Ellinger zu § 967.) — Daß § 403 auf den Verwahrer angesichts des § 967 nicht angewendet werden kann, bedarf kaum der nachdrücklichen Betonung, wie bei Nippel VI S. 286, Winiwarter IV S. 164 u. a.

[16] Diese schon aus dem Principe des § 1037 (s. die vorige Note) sich ergebende Einschränkung deuten die Worte „zur Vermehrung der fortdauernden Nutzungen" im § 967 an.

[17] Vgl. Pr. L. R. l. c. § 44: „Verbesserungen vorzunehmen ist der Verwahrer weder schuldig noch berechtigt." — Gemäß § 1038 kann der Depositar bei „ungerufener" Geschäftsführung sogar ersatzpflichtig werden; vgl. Stubenrauch l. c.

[18] Vgl. oben S. 288 f.

[19] Im Zweifel ist der Lohn bei Beendigung der Verwahrung zu entrichten, arg. § 1156; vgl. auch § 623 D. Entw.

[20] Vgl. § 1004; Zeiller III, S. 206.

[21] Mehr darüber im Capitel vom Lohnvertrage.

[22] Wie Art. 290 H. G. B. oder Not. Odg. § 5.

[1] Die Klage des Verwahrers sollte nicht schlechthin als „actio contraria" bezeichnet werden (so aber Krainz II, 1 S. 201 f. und auch Unger l. c. S. 325 N. 67); die Bezeichnung paßt nur auf die oben § 45 unter a) genannten, dem Vertragsverhältnisse nicht wesentlichen Gegenansprüche, nicht aber auf die Lohnforderung des Depositars — eine Unterscheidung, welche in der Frage des Retentionsrechts von Bedeutung ist; s. unten N. 46.

α) die Einrede der Compensation gegenüber der Klage des Hinterlegers auf Ersatz wegen unterbliebener Zurückstellung der deponierten Sache.[2] Überhaupt ist die Compensation gegen den Rückforderungsanspruch des Deponenten schlechthin ausgeschlossen (§ 1440).[3] Dem Verwahrer steht aber auch regelmäßig[4]

β) kein **Retentionsrecht** zu zur Sicherung seiner Gegenforderungen.[5] Zusatz. So wenig wie auf Grund von Forderungen aus einem ganz anderen Rechtsverhältnisse (§ 471), darf der Verwahrer die Zurückstellung der Sache verweigern mit Rücksicht auf etwaige Gegenansprüche wegen seines Schadens oder Aufwandes (oben a). Nur durch actio contraria sind diese Ansprüche geltend zu machen. Dieser, gemeinrechtlich anerkannte,[6] Satz ergibt sich für das österreichische Recht[7]

---

[2] Nur gegenüber der Ersatzklage des Hinterlegers, nicht aber dem Anspruch auf Zurückstellung der Sache in specie, wo die Compensation schon Mangels der Gleichartigkeit der Forderung ausgeschlossen ist, wird das Verbot des § 1440 bedeutsam — vgl. oben § 33 N. 24 und 26, Krainz II, 1 S. 203 N. 18, Pfaff Geld als Mittel pfandr. Sicherst. S. 43 N. 91 (anders für das gemeine Recht Eisele, D. Compens. S. 353 ff. gegen Dernburg Gesch. u. Theor. d. Compens. S. 514 f.) — oder bei depositum irregulare, worüber unten S. 373 ff.

[3] Auch gegenüber der Concursmasse des Deponenten muss nach bürgerlichem Rechte dem Verwahrer sowohl die Compensation, wie die Retention (anders nach Handelsrecht, Art. 314 H. G. B.) wegen seiner Gegenansprüche versagt werden, so hart auch gerade in diesem Falle die Bestimmung der §§ 1440 und 471 erscheint; vgl. Schrutka-Rechtenstamm, Compens. im Conc. S. 54 f. und die Bemerkung Pratobevera's bei Ofner II S. 380.

[4] Regelmäßig auch kein kaufmännisches Retentionsrecht, da die Zurückbehaltung mit der Verbindlichkeit aus dem Depositum in Widerstreit stünde (Art. 313, 2. Abs., H. G. B.), vgl. Goldschmidt Handb. I S. 1046 f., Cohn S. 900 — in dieser Beziehung enthält auch Art. III Bdg. v. 28. Octob. 1865, R. G. B. 110 kein Privileg für die Creditanstalten —; keine Ausnahme von unserem Rechtssatz bildet das Compensations-, bzw. Pfandrecht der Advocaten nach § 19 Adv. Ordg., da es sich dabei um Mandat oder Lohnvertrag, nicht um Depositum handelt; wohl aber erscheint als solche Ausnahme das nach § 28 Lagerh. Ges. dem öffentlichen Lagerhause zustehende gesetzliche Pfandrecht am Lagergute (vgl. dazu Adler S. 123 ff.). — Über das gesetzliche Pfandrecht der Gastwirte s. unten S. 402 f.), über die Zulässigkeit der Compensation infolge Parteiwillens s. unten. S. 374, über die Zurückhaltung der Sache auf Grund § 890 unten N. 15.

[5] Daher häufig entscheidend die Beweisfrage, ob die Sachen aus dem Titel des Depositums oder einem anderen in der Detention des Beklagten sind; vgl. Slg. 4439.

[6] L. 11 C. h. t. 4, 34, Windscheid § 378 a. E. Allerdings besteht schon längst eine starke Strömung in der Theorie und namentlich der Praxis des gemeinen Rechts (s. Glück XV S. 199 ff., Koch R. d. Fdgn. III S. 462 f., Gruchot S. 832 ff.) zu Gunsten des Retentionsrechts des Verwahrers wenigstens wegen seiner Impensen. Das Pr. L. R. I, 14 §§ 77, 78, I, 20 §§ 539, 543, sowie Sächs. Gb. § 1271 haben sich diesen Standpunkt angeeignet (vgl. Förster-Eccius II S. 335 N. 65); dasselbe hatte der Cod. Ther. l. c. Nr. 48, 53 f. gethan, die Redactoren des a. b. Gb. aber lehnten principiell jede solche Retention ab, vgl. bes. Ofner II S. 36 und unten N. 35.

[7] Die herrschende Lehre — s. Zeiller III S. 205, Nippel VI S. 287, Unger II S. 500 N. 17, Hasenöhrl II

nicht bloß aus dem im § 1440 ausgesprochenen besonderen Schutz der fides[8] bezüglich anvertrauten Gutes, sondern auch aus der Analogie des § 334.[9] Denn, wenn laut dieser Gesetzesstelle schon dem zu dem Eigenthümer einer Sache in gar keinem besonderen Verpflichtungsverhältnisse stehenden „redlichen Inhaber" versagt ist, sich den Ersatz wegen seiner Impensen durch Zurückbehaltung der Sache zu sichern, so muss dies umsomehr für den Depositar gelten, welcher sich durch Vertrag verbunden hat, jeden Augenblick zur Zurückstellung bereit zu sein. Ob das Depositum ein entgeltliches oder unentgeltliches ist, macht in dieser Beziehung keinen Unterschied.

Bei entgeltlichem Verwahrungsvertrage muss aber, aus den angegebenen Gründen, dem Verwahrer auch die Retention wegen seines Anspruches auf den bedungenen Lohn abgesprochen werden.[10] Es ist eine Täuschung, wenn man auf Grund der allgemein klingenden Worte des § 1052 hier anders urtheilen will. Die exceptio non adimpleti contractus, von welcher § 1052 handelt, setzt eine synallagmatische Beziehung zwischen den beiderseitigen Verpflichtungen voraus, zwei Leistungen, deren eine das Entgelt für die andere bildet. Der vom Hinterleger dem Verwahrer zu entrichtende Lohn aber ist die Gegenleistung nicht für die Zurückstellung der Sache, sondern für deren Verwahrung, für eine Leistung also, welche der Verwahrer im Augenblicke des beendigten Depositums schon vollzogen hat und deshalb gar nicht mehr retinieren kann.[11]

Nur eine Art von Zurückhaltungsrecht[12] ist dem Depositar nicht benommen. Er kann (arg. §§ 1426, 1428) die Herausgabe der Sache verweigern bis zur Ausstellung einer Empfangsbestätigung[13]

S. 404 f., Krainz II, 1 S. 202 — stimmt dem Satze des Textes zu (freilich unter einfacher Berufung auf § 471). Dagegen vermöge seines radicalen Standpunktes Geller in seinem Centr. Bl. I S. 31, und mit nicht besseren Gründen Reinhold Zurückhaltungsrecht S. 89 ff. Gegen beide s. unten im Z. s.

[8] Vgl. Zeiller IV S. 170, Pfaff l. c. S. 43 N. 91. S. auch oben § 33 N. 23 und unten N. 33.

[9] Dass § 334 nicht so inhaltsleer ist, wie Geller l. c. S. 31 N. 23 behauptet, s. unten S. 334 f.; wenn dagegen Geller S. 33 die Analogie des § 403 heranzieht, so beweist er zu viel, da es sich dort um einen Lohnanspruch handelt (vgl. unten bei N. 36).

[10] Über die Ausnahme beim Lagerhausgeschäfte s. oben N. 4.

[11] Unsere Commentatoren gehen auf die Frage nicht ein. Krainz II, 1 S. 202 lässt Retention wegen des Lohnes zu; s. näheres darüber unten S. 336 f. Vgl. dazu Unger Jahrb. f. Dogm. XXXIII S. 324 N. 66.

[12] Über die Zurückhaltung wegen behaupteten Eigenthums des Verwahrers s. oben § 38 N. 31, über die Retention „ex jure tertii" oben § 26 Zus. 2.

[13] Dass § 1426 ein Retentionsrecht bis zur Ausstellung einer Quittung gewährt, ist anerkannt, vgl. Unger Grünhuts Ztschr. XV S. 538 N. 5, Hasenöhrl II S. 405, Reinhold l. c. S. 51,

oder, falls ein solcher ausgestellt war, bis zur Zurückstellung des Depôtscheines.[14]

γ) Nur unter den engbegrenzten Voraussetzungen, unter welchen demnach dem Verwahrer ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, steht ihm auch die gerichtliche Hinterlegung der Sache wegen Nichtbefriedigung seiner Gegenansprüche[15] frei.[16] In jedem anderen Falle wäre solche gerichtliche Hinterlegung nicht „rechtmäßig" geschehen (§ 1425); sie hätte daher nicht die Kraft, ihn von seiner Haftung zu befreien und die Gefahr auf den Hinterleger zu überwälzen (§ 965).

Wohl aber mag der Verwahrer, wie der Entlehner, falls für ihn die processualen Bedingungen einer provisorischen Sicherstellung vorliegen, nach der allgemeinen Norm des § 471 die Sache in gerichtliche Verwahrung geben, um dann durch Arrest oder Sequestration seine gefährdeten Ansprüche gegen den Deponenten zu schützen.[17]

Zusatz. Zur näheren Begründung des im Texte über das **Retentionsrecht** des Verwahrers Gesagten, zugleich aber, um die Grundlage mancher an anderen Stellen der speciellen Lehre von den Obligationsverhältnissen auftauchenden Frage zu gewinnen, ist es nothwendig, auf die Theorie des Retentionsrechts[18] überhaupt einen Blick zu werfen. Dabei soll weniger Gewicht gelegt werden auf die Constructionsfragen — ob das sog. Retentionsrecht überall ein Recht sui generis sei[19] oder nur eine aus der eigenthümlichen Constellation von Rechtsansprüchen sich ergebende Form ihrer Durchsetzung,[20] und welcher Umfang diesem Terminus beizulegen sei — als vielmehr auf die Erkenntnis der Tragweite der gesetzlichen Normen über die Zulassung oder Nichtzulassung einer Retention in den einzelnen Fällen. — Um von der immer noch herrschenden

---

Slg. 4767, 4638 (dagegen, wie es scheint, Krainz II, 1 S. 191); vgl. auch § 29 Lagerh. Ges.

[14] Hasenöhrl II S. 487, Reinhold l. c. S. 50.

[15] Nicht hieher gehört der Fall, wo der Verwahrer gegenüber einer Mehrheit von Deponenten (§ 890) zur gerichtlichen Hinterlegung verpflichtet ist, worüber oben S. 253. — Über gerichtliche Deposition zur Sicherung, nicht der Ansprüche des Depositars, sondern der Sache s. oben S. 318.

[16] Vgl. Hasenöhrl II S. 487, § 19 Adv. Odg. cit.

[17] Vgl. zu dieser, über dem negativen ersten Satz des § 471 gewöhnlich übersehenen Bestimmung oben § 33 a. E.; auch Pr. L. R. I, 20 §§ 172, 541.

[18] Über die Literatur der Lehre geben gute Übersicht die beiden Schriften von Langfeld Die Lehre v. Retentionsrecht (1886) § 2, und André Einrede d. nicht erfüllten Vertrages (1890) § 2; vgl. auch Eccius in Holtzendorff's Rechtslexicon s. v. Retentionsrecht, ferner für das österreichische Recht die bereits oben N. 7 genannten Abhandlungen von Geller und Reinhold.

[19] S. von Neueren besonders Ziebarth Realexecution u. d. Obligation S. 311 ff., Goldschmidt l. c. S. 966 f. Wendt P. § 176.

[20] So vor allen Savigny Recht d. Besitzes § 3 a. E., ähnlich jetzt Hölder P. S. 359, D. Mot. II S. 41 f., Reinhold l. c. S. 77.

Auffassung des Retentionsrechts auszugehen als der Befugnis des an sich zu einer Leistung Verpflichteten, diese Leistung zu verweigern, bis der Gegner seinerseits eine ihm obliegende Leistung zu erfüllen bereit ist,[21] und dahin gestellt, ob es einen systematischen und praktischen Wert hat, dabei über die Fälle hinauszugehen, wo jene Leistung, bezw. also das Zurückhaltungsrecht, sich auf eine (körperliche) Sache bezieht[22] —, so hat mit gewohnter Schärfe schon Unger gelegentlich betont, dass sich für das österreichische Recht jedenfalls zwei Gruppen von Fällen scheiden.[23] In der einen handelt es sich um die Retention der aus einem Obligationsverhältnisse geschuldeten Leistung bis zur Erfüllung des aus demselben Verhältnisse entspringenden Anspruchs auf eine Gegenleistung (Retentionsrecht im weiteren Sinne), z. B. bei Tausch oder Kauf, in der anderen um die Verweigerung der Herausgabe einer fremden Sache bis zur Durchsetzung gewisser dem Inhaber aus irgend einem Rechtstitel erwachsener obligatorischer Ansprüche gegen denjenigen, welcher an sich das Recht auf Restitution der Sache hat (Retentionsrecht im engeren Sinne), wie z. B. bei Zurückbehaltung der vom Eigenthümer vindicierten Sache durch den bonae fidei possessor wegen seiner Impensen. Gerade die beiden Schriftsteller nun, welche in neuerer Zeit die Frage für das österreichische Recht eingehender behandelt haben, Geller und Reinhold, verwischen diesen Gegensatz, indem sie eine gemeinsame gedankenmäßige Grundlage aller Retentionsfälle voraussetzen.[24] Wo immer dieser vermeintliche Grundgedanke zutrifft, da erscheint ihnen denn folgerichtig das Retentionsrecht als vermöge der Natur der Sache gegeben, falls sich nicht etwa ein positives Verbot desselben im Gesetze findet. Ja selbst, wo dies der Fall ist, müßte demgemäß das Verbot als ein singulärer Rechtssatz strenge, einschränkend, interpretiert werden.[25] Allein,

---

[21] Vgl. etwa die Definitionen bei Goldschmidt l. c. S. 969, Unger II S. 499 N. 17, Langfeld l. c. S. 28, Geller l. c. S. 9 f., Krainz I S. 180, Dernburg Pr. R. I S. 933.

[22] Gegen die auch noch von Langfeld l. c., besonders S. 90 f., vertretene, und vom D. Entw. § 233 (Mot. II S. 42) aufgenommene Retention von „Rechten und Handlungen" s. Gierke Entw. S. 199 N. 2, Laband Arch. f. d. civ. Prax. LXXIII S. 190 ff., Hanausek, Verhdlg. d. XX. deutsch. Juristentages S. 323 N. 51. — Das a. b. Gb. denkt jedenfalls bei dem Terminus „Retentionsrecht" nur an den engeren Begriff, wie das amtliche Register h. v. zeigt, welches nur § 471 beruft; ebenso Pr. L. R. I, 20 § 536, Sächs. Gb. § 767.

[23] Unger II S. 499 f. N. 17; vgl. auch Schiffner § 154 bei N. 15.

[24] Ganz unklar auch der „Beitr. zu § 471" in Not. Z. 1883 Nr. 22. — Dass auch die herkömmliche Begründung des Retentionsrechts durch „Connexität" der Ansprüche, wie sie besonders Goldschmidt l. c. S. 974 ff. gibt, einer ganz unbestimmten Berufung auf die bona fides gleichkommt, hat schon Windscheid § 351 N. 9 bemerkt; dagegen zeigt wieder Reinhold l. c. S. 44 f.

[25] S. namentlich Geller l. c. S. 29 f.: „Was wirklich ist, hört darum nicht auf zu sein, dass dessen Sein nicht (vom Gesetze) anerkannt ist"! Reinhold l. c. S. 13 f. scheint zwar diesen Standpunkt zu missbilligen, findet aber (S. 19 ff.) doch Bestimmungen wie § 1052 ganz überflüssig und (S. 89 ff.) § 471 kein Hindernis der Anerkennung von Retentionsrechten auch im engeren Sinne.

mag man nun in dem Retentionsrecht — was für bestimmte Fälle gewiss richtig ist — ein indirektes Zwangsmittel zur Erreichung der Erfüllung eines Anspruches[26] erblicken, oder mag darin — was ebenso sicher für andere Fälle richtiger ist — nur die vertheidigungsweise Berufung auf ein eigenes Recht zur Abwehr des gegnerischen Anspruchs liegen,[27] jedenfalls sollte nicht verkannt werden, dass in einem Rechtssysteme, welches die Selbsthilfe grundsätzlich ausschließt, wie jede Form der Rechtsdurchsetzung, so auch diese nur dann zulässig erscheint, wenn sie vom objectivem Rechte sanctioniert ist.[28] Das gilt namentlich auch von dem zweiten eben erwähnten Standpunkte. Allerdings ist mit der rechtlichen Anerkennung eines Anspruchs heute regelmäßig dessen Verfolgbarkeit durch Klage wie durch Einrede statuiert, das bedeutet aber nur, dass dieser Anspruch auch als exceptio jedem mit seiner Realisierung in direktem Widerspruche stehenden Anspruche[29] entgegengesetzt werden kann; eine andere Frage aber ist es, ob ein bestimmter anderer, an sich mit jenem vereinbarer Anspruch durch diese exceptio gehemmt werden kann. Diese Frage bedarf stets erst der besonderen Beantwortung durch das Gesetz. Vor allem folgt aus der allgemeinen Zulassung der Compensationseinrede auch gegen Forderungen ex dispari causa, trotz einer gewissen Verwandtschaft zwischen beiden,[30] nicht, dass auch die Retentionseinrede allgemein, oder doch bei „Connexität" der

---

[26] Das tritt besonders klar hervor, wo der Retinent ein anderes Mittel zur Durchsetzung seines Anspruches gar nicht hat, wie nach röm. R. (L. 33 D. de cond. indeb. 12, 6) für die Impensenforderung gegenüber der Eigenthumsklage, oder nach § 915 D. Entw. für den Finderlohn. Aber auch neben der klagbaren Forderung fungiert die Retention analog einem Pfandrechte, etwa dem „Pfandrechte" an einer zur Sicherung deponierten Sache ohne Geldwert — vgl. Nippel III S. 555 —, wie denn auch schon die römischen Juristen erkannten (L. 5 D. de dote prael. 33, 4: „pignoris nomine retineri dotem" u. a.). Die Codificatoren des 18. Jahrhunderts aber fassten die Retention geradezu als „Privatpfändung" auf (Wgal. Gb. I §. 251, III § 81) und wollten sie eben deshalb nicht gestatten, sondern den Inhaber auf den Weg gerichtlicher Sicherung verweisen (§ 471, vgl. auch Pr. L. R. I, 20 § 541). Gerade hieraus ergibt sich aber, dass sie bei dieser Normirung nur an die Retention fremder Sachen dachten (Retentionsrecht im engeren Sinne), nicht aber an die Zurückhaltung von Leistungen aus entgeltlichen Vertragsverhältnissen; vgl. unten N. 35.

[27] So nach der Theorie Savigny's (oben N. 20), welche jedes Retentionsrecht nur als eine Vertheidigung durch exceptio doli betrachtet (so auch D. R. G. XIV S. 233, D. Mot. II S. 41). Auch Langfeld l. c. S. 150 betont diese Seite des Rententionsrechts, während er umgekehrt S. 89 als Zweck jedes Retentionsrechts bezeichnet, „auf die Befriedigung des Gegenanspruchs hinzuwirken und diesen zu sichern."

[28] Darauf hat mit Recht schon die ältere Doctrin hingewiesen, Glück l. c. S. 122 f., Zeiller IV S. 170, Winiwarter II S. 287 (vgl. auch oben N. 26). Verkehrt ist es freilich, wenn das gesetzlich anerkannte Zurückhaltungsrecht als Selbsthilfe bezeichnet wird; nur in soferne ist der Einwand von Puchta Vorles. I S. 215, Krainz I S. 181 N. 7 begründet.

[29] Beispielsweise der Anspruch aus einem Mietvertrage dem Anspruche des Eigenthümers auf Herausgabe der Sache.

[30] Vgl. Dernburg, Compensat. S. 365 ff., Pfaff l. c. N. 99, Brinz P. II § 288. Die ältere Theorie lehrte unklar, die Retention „umfasse sowohl die Compensation als auch die Retention i. e. S.": Mühlenbruch P. I S. 266; s. auch unten N. 33.

Gegenansprüche, zugelassen sei.[31] Ist es doch klar, dass die durchgeführte Compensation den Gläubiger praktisch genau zu demselben Resultate führt wie die wirkliche Zahlung und Gegenzahlung, dass sie also genau die beiden Ansprüchen entsprechende Rechtslage herstellt, während durch die Retention einer Leistung bis zur Erfüllung der ungleichartigen Gegenleistung dem Gegner das ihm gebürende vorenthalten, also — gleichsam im Wege der Retorsion — ein dem Rechte nicht entsprechender Zustand geschaffen, bezw. aufrecht erhalten wird.[32] Dass unsere Codificatoren dies Verhältnis zwischen Compensation und Retention nicht scharf genug erfassten,[33] ist für die lex lata ohne Belang. Es kann das höchstens die Schlussfolgerung bestärken, welche auch sonst begründet ist, dass, wo ausnahmsweise trotz Vorliegens ihrer allgemeinen Voraussetzungen die Compensation vom Gesetze (s. §§ 1440, 1109) verboten ist, — a majori ad minus — umsomehr die Retention versagt erscheint.[34] — Wie steht es nun in der That mit der Anerkennung des Retentionsrechts im a. b. Gb.? — 1. Ein Retentionsrecht im engeren Sinne (s. oben) ist nicht nur nirgends allgemein zugelassen, sondern, um gegenüber der älteren gemeinrechtlichen Theorie keinen Zweifel aufkommen zu lassen, im § 471 principiell abgelehnt. Wenngleich speciell von der Retention einer Sache „nach Erlöschung" des dinglichen Rechts des Inhabers redend, hat § 471 doch sicher diese weiterreichende Bedeutung. Er will nicht bloß jede Retention wegen sog. „nicht connexer Forderungen" ausschließen, sondern auch die Retention wegen solcher Gegenansprüche, welche gerade in der Detention der Sache ihre Quelle haben, deren Herausgabe der Gegner fordert (Impensenansprüche u. dergl.). Beweis dessen § 334, welcher für das Muster derartiger Fälle, die Retention wegen Verwendungen gegenüber der Eigenthumsklage, auf § 471 verweist.[35] Nur in den Fällen der

[31] Dies der Grundgedanke der Abhandlung von Geller (s. besonders l. c. S. 12 ff.), welcher das Retentionsrecht auf die mathematische Formel einer Compensation bringen zu können vermeint.

[32] Ähnlich Dernburg l. c. S. 369 f., vgl. auch Langfeld l. c. S. 94 f., während die Älteren bei ihrer Aufzählung der äußerlichen Unterschiede zwischen Retention und Compensation — vgl. nur Glück l. c. S. 117 ff. — gerade diesen entscheidenden Punkt übersehen. Recht gut betont den Unterschied der Cod. Ther. III, 24 Nr. 115.

[33] So denkt § 1440 ebenso gut an Retention, wie an Compensation (s. oben N. 8), ebenso wohl § 1109 (vgl. Krainz II, 1 S. 194 N. 11, Reinhold l. c. S. 91), so bezeichnet § 1153 die Compensation als „Zurückhaltung" und umgekehrt § 392 das Retentionsrecht des Finders als ein Recht auf „Abzug" des Finderlohnes (Reinhold l. c. S. 29); vgl. auch Pr. L. R. I, 20 § 542. Übrigens ist zu beachten, dass im classischen Rechte, an welches L. 14 C. de comp. 4, 31) § 1440 anknüpft, vermöge der condemnatio pecuniaria in der That Retention und Compensation in einander übergingen; vgl. Eisele, Compens. S. 353 ff., auch W. Stintzing Nondum est ex empto actio (1893) S. 29 f.

[34] Vgl. oben S. 329 f.

[35] Auch die Entstehungsgeschichte des § 471 (vgl. über dieselbe Geller l. c. S. 24 ff.) lehrt, dass derselbe zwar nur das Retentionsrecht „im engeren Sinne" im Auge hat (vgl. oben N. 26), dieses aber in seinem vollen Umfange. Hatte der Cod. Ther. l. c. Nr. 116 f. (ebenso

§§ 391 und 403 (wegen des Finder- und Bergelohnes) dürfte nach österreichischem Recht ein Retentionsrecht in diesem engeren Sinne anzuerkennen sein.[36] — 2. Eine ganz andere Frage taucht in den Fällen einer sog. Retention im weiteren Sinne auf, in welchen man vielleicht besser stets nur von einer exceptio non adimpleti contractus sprechen sollte.[37] Ein Blick auf die §§ 1052 und 1062 zeigt, dass diese „Retention" dem a. b. Gb. nicht fremd ist. Es handelt sich nur darum, klarzustellen, wie weit ihr Gebiet wirklich reicht. „Wer auf die Übergabe dringen will, muss seine Verbindlichkeit erfüllet haben, oder sie zu erfüllen bereit sein," so sagt der § 1052 zunächst mit Bezug auf die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Tauschvertrage; kein Zweifel aber, dass dasselbe von allen auf „Austausch" von Leistungen gerichteten Geschäften gilt,[38] soweit nicht eine andere Analogie, die des Lohnvertrages (§ 1173), platzgreift. Für den Kauf insbesondere wird diese Norm im § 1062 specialisiert: „Der Käufer ist verbunden . . . zugleich auch das Kaufgeld bar abzuführen; widrigenfalls ist der Verkäufer ihm die Übergabe der Sache zu verweigern berechtiget." Der Wortlaut dieser Gesetzesstellen, ganz besonders der letzteren, zeigt, dass es hier lediglich das dem Wesen derartiger synallagmatischer Obligationen entsprechende zeitliche Verhältnis der gegenseitigen Leistungen ist, welches gesetzlich normiert werden soll. Das a. b. Gb. gibt hier für Tausch und Kauf und ihnen gleichstehende entgeltliche Verträge die Regel, dass Leistung „Zug um

---

Entw. Horten III, 25 §§ 112, 113) die „Innenbehaltung" als das Recht des „Inhabers einer fremden Sache" definiert, „solche dem Eigenthümer vorzuenthalten" wegen einer „Gegenforderung lediglich wegen dieser Sache", so befasste sich auch die Erörterung der Abschaffung des Retentionsrechts in den späteren Stadien der Berathung nur mit dem Retentionsrecht in diesem engeren Sinne; dieses aber sollte principiell in allen seinen Anwendungen beseitigt werden (vgl. Ofner II S. 36, 370). Dass man aber in § 471 diese grundsätzliche Ausschließung ausgesprochen dachte, beweist der Umstand, dass man es nunmehr für überflüssig hielt (s. Geller selbst S. 29), für das Commodat und ähnliche Verhältnisse, so wie das noch das Wg. Gb. III § 81 that, die Retention wegen Impensen noch speciell zu verbieten. Was Geller l. c. S. 29 f. vorbringt, um die Tragweite des § 471 zu bestreiten, widerspricht nicht nur der „Absicht der Verfasser", sondern geradezu dem Wortlaute des § 471.

[36] Vgl. Krainz I S. 181; über § 1153 s. oben N. 33. — § 415 statuiert eine Retention, welche, sowie die aus § 980 folgende, auf der gesetzlichen Leistung „Zug um Zug" beruht, somit zu der Gruppe des § 1052 gehört. Reinhold l. c. S. 24 ff. zieht daher aus § 415 viel zu weitgehende Consequenzen.

[37] Vgl. Koch R. d. Fdg. I S. 668 f., André l. c. S. 126 f. Unter das „Retentionsrecht" subsumiert auch Ryck § 63 diese Einrede. Die innere Verschiedenheit der Fälle macht sich übrigens auch bei den Vertretern der einheitlichen Natur des Retentionsrechts geltend; s. z. B. Goldschmidt l. c. S. 987 f., Sächs. Gb. §§ 767, 768. Der D. Entw. §§ 364, 233 sondert zwar die Fälle, stellt sie aber (§ 236) dann wieder unter gleiche Normen.

[38] Der Tauschvertrag erscheint im a. b. Gb. als Typus der entgeltlichen Veräußerungsgeschäfte, aber doch nicht, wie nach Geller l. c. S. 32, aller entgeltlichen (s. § 1173!) oder gar aller zweiseitig verpflichtenden Verträge, vgl. unten N. 45. Nach Reinhold l. c. S. 37 handelt es sich freilich bei jeder Retention (auch wegen Impensen) um einen „Tausch!"

Zug" zu erfolgen habe, daſs kein Theil zur Vorleistung, kein Theil zur Creditgewährung verpflichtet sei — während bei einer anderen Gruppe entgeltlicher Geschäfte, deren Muster der Lohnvertrag bildet, die Regel aufgestellt ist (§ 1156), daſs der Lohn erst „nach vollbrachter Arbeit" gebürt, die „Arbeit" also vorauszuleisten ist.[39] Nur eine Consequenz dessen ist es, daſs in letzteren Verhältnissen die Arbeitsleistung nicht bis zur Lohnzahlung „retiniert" werden darf, daſs aber bei Obligationen der ersteren Gattung jeder Theil, ohne in Verzug zu gerathen, seine Leistung „zurückhalten" kann bis zur Erfüllungsbereitschaft des anderen.[40] Der innere Gegensatz aber dieses Retentionsrechts gegen das oben zu 1. besprochene ist klar:[41] Dort der Zweck, eine Leistung des Gegners überhaupt zu erzwingen, hier das Bestehen auf ordnungsmäßiger Leistung;[42] dort ein an sich begründeter Anspruch des Gegners, dem nur zufällig ein Gegenanspruch des Verpflichteten entgegentritt, hier ein Anspruch, der so wie er erhoben wird (ohne Erfüllungsbereitschaft des Fordernden) nicht begründet ist; dort die Retention, weil der in Anspruch Genommene, welcher dem Gegner seinerseits schon creditiert hat, sich dafür Sicherung schaffen will, hier, weil er nicht ohne Gegenleistung leisten, d. h. nicht creditieren will.[43] Deshalb enthält § 1052 keinen Widerspruch gegen, aber auch keine „Ausnahme" von § 471. Beide Normen beziehen sich eben auf ganz verschiedene Gebiete. — Ist dem aber so, so ist damit auch die Grenze der Geltung der Vorschrift des § 1052, d. i. der Zulässigkeit der exceptio non adimpleti contractus, bezeichnet. § 1052 gewährt nicht schlechthin ein Retentionsrecht für alle aus irgend einem Vertrage entstehenden gegenseitigen Verpflichtungen,[44] sondern nur für diejenigen gegenseitigen Leistungen,

---

[39] Vgl. Hasenöhrl II S. 404.

[40] Vgl. Unger II S. 470, Hasenöhrl II S. 402 f., Pollitzer, Grünhuts Ztschr. XVIII S. 211 f. Auch Langfeld l. c. S. 53 f. kommt füglich darauf hinaus.

[41] Daſs die Redactoren des a. b. Gb. bei dem „Retentionsrecht" nicht an die exceptio non adimpleti contractus dachten s. oben N. 26 u. 35. Genau trennt beides Zeiller III S. 361 f.

[42] Vgl. dazu Schey Mora cred. S. 113. Aus diesem Verhältnis ergibt sich unter anderen die Folgerung, daſs die Einwendung dieser „Retention" nicht zur (zeitweiligen) Abweisung der Klage, sondern zur bedingten Verurtheilung des Geklagten führt; s. Unger II S. 501 N. 19, André l. c. S. 129 ff.

[43] Vgl Hasenöhrl II S. 401. Nicht umsonst schließt sich § 1063 an § 1062 mit dem Satze an, daſs die Vorleistung des Verkäufers als Creditierung des Kaufpreises zu gelten habe. S. auch André l. c. S. 123 f.

[44] So wird nicht selten die exceptio non adimpleti c. aufgefaſst, s. z. B. Unterholzner II S. 374 f., Bethmann-Hollweg, Rhein. Mus. f. Jurisprud. I S. 258 f., auch Dernburg Pr. R. II § 45 (s. N. 3), für das österreichische Recht aber besonders Geller l. c. S. 32. Die tüchtige Schrift von André geht leider gerade auf diese Frage nicht ein (S. 3); aber aus ihrer Darstellung geht doch hervor, daſs die exceptio non ad. contr. nur aus der Richtung gewisser Geschäfte auf den „Austausch wirtschaftlicher Werte" entspringe (S. 22, S. 123). Auch unsere Spruchpraxis verkennt vielfach die Bedeutung des § 1052. Beispielsweise wendeten die Unterinstanzen in Slg. 10101 den § 1052 an auf die Retention gegenüber einer Eigenthumsklage; Slg. 9163 verwechselt die Einrede des nicht

welche den Gegenstand des vertragsmäßigen „Austausches", des Synallagma, bilden, deren eine das wirtschaftliche Entgelt für die andere darstellt.[45] Dies wird gerade für das Verhältnis des Depositums und ähnliche Vertragsverhältnisse (commodatum, mandatum) von Bedeutung. Entspringen da im concreten Falle aus der „Obsorge" des Verwahrers etwa Ansprüche auf Ersatz wegen Impensen oder Schadens, so sind dies nicht Ansprüche auf ein Entgelt für die besorgte Verwahrung, sondern Gegenforderungen zufälliger Natur; der prägnante Ausdruck dafür ist es, dass zu deren Durchsetzung eine actio „contraria" besteht, nicht aber, wie wenn es sich um vertragsmäßige Gegenleistungen handelt, beiderseits eine actio directa. Die Zurückhaltung der Sache wegen solcher Ansprüche fällt daher unter § 471,[46] nicht unter § 1052. Und dies gilt auch im Falle des entgeltlichen Depositums; denn als Leistung und Gegenleistung stehen sich hier gegenüber nur die Aufbewahrung" und der „Lohn" (§ 969), der Charakter der Impensenansprüche des Verwahrers wird dadurch nicht berührt. Aber auch soweit der Lohnanspruch selbst in Frage steht, ist kein Raum für eine „Retention" der hinterlegten Sache auf Grund des § 1052. Der Lohn ist das Entgelt für die „Aufbewahrung", nicht für die Zurückstellung der Sache,[47] das Entgelt also für eine Dienstleistung.

---

erfüllten Vertrages mit der Bedingtheit eines Anspruchs (durch vorherige Rechnungslegung), Slg. 9656 mit der Frage, welchen der Contrahenten die Schuld an der Nichterfüllung treffe (vgl. dazu André l. c. S. 142); Slg. 6118 (1. Instanz) stützt den Satz, daß der das Pfand zurückfordernde Schuldner die Bezahlung der Schuld zu beweisen habe, auf § 1052 (ähnlich die 2. Instanz Slg. 3214).

[45] Die Stellung der Norm über die exceptio non adimpleti contractus (§ 1052) in dem Hauptstücke „vom Tauschvertrage" ist der positive Beweis dafür. Es kann einerseits nicht bezweifelt werden (s. oben N. 38), dass diese Norm für alle „entgeltlichen Verträge" gelten will; war doch in den Vorläufern des a. b. Gb. geradezu der entgeltliche Vertrag identisch mit „Tausch" (Wg. Gb. III § 10) und das Capitel vom Tausche der Platz für die, jetzt in den §§ 921 ff. enthaltenen, allgemeinen Bestimmungen über entgeltliche Verträge (Wg. Gb. III §§ 143 ff.). Ebendeshalb ist anderseits klar, dass § 1052 nur die auf einen Austausch von Leistungen (§ 921) gerichteten Verträge betrifft, nicht aber nur zufällig zweiseitig verbindliche Geschäfte, wie Mandat, Depositum u. dgl.; denn, dass letztere Obligationsverhältnisse — die früher so genannten bilaterales inaequales —, trotz der bekannten unklaren Definition in § 864, nicht vermöge der actio contraria zu den „entgeltlichen" zu zählen sind, ist im § 1004 mit Bezug auf das Mandat mit dürren Worten gesagt. Unsere Commentatoren haben dies stets anerkannt, s. Zeiller III S. 15, Nippel VI S. 27, S. 285, Schuster Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1830, I S. 238 ff.; vgl. auch Hasenöhrl II S. 321 ff., welcher aber die Sache unklar macht durch die Leugnung der Kategorie der Realcontracte.

[46] Dass auch historisch hier die Frage war: actio contraria oder Retentionsrecht im engeren Sinne s. bei Pernice Labeo II. S. 124 f. Vgl. auch Stintzing l. c. S. 5, obgleich derselbe S. 61 ff. gerade wieder die actio contraria als Grund der Retention anführt.

[47] Man wende nicht ein, nach § 961 bilde die Zurückstellung der Sache gerade eine „Hauptpflicht des Verwahrers"; denn — abgesehen davon, dass in § 961 der Accent offenbar auf den Worten liegt: Zurückstellung „in eben dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat", also auf der Verpflichtung zur custodia —, wie Cod. Ther. III, 6, Nr. 26 lehrt („woraus gleich Anfangs in der Haupt-

Für dies Verhältnis gilt nun, wie bemerkt, nicht die Erfüllung „Zug um Zug", sondern (arg. § 1156) die Bezahlung des Lohnes nach vollendeter Arbeit, hier somit nach beendigter Verwahrung. Die Zurückhaltung der vom Hinterleger zurückgeforderten Sache wegen des ausständigen Lohnes wäre daher nicht Zurückhaltung derjenigen Leistung, für welche der Lohn zu entrichten ist — denn diese Leistung, die „Verwahrung", ist bei Beendigung des Depositums schon geschehen —, sondern wieder nur eine Retention einer fremden Sache behufs Erzwingung selbständiger Gegenansprüche,[48] welche § 471 versagt. Die Probe auf die Richtigkeit des Gesagten liefert gerade der Fall, wenn ausnahmsweise die Anwendung des § 1156 ausgeschlossen wäre, weil Vorausbezahlung des Verwahrungslohnes für bestimmte Perioden bedungen ist. Bei Säumnis des Hinterlegers mit der Lohnzahlung könnte dann der Depositar allerdings § 1052 anrufen, um seine Dienstleistung, die weitere Verwahrung der Sache, zu verweigern. Mit anderen Worten, die Folge der „Retention" seiner Leistung wäre die Zurückstellung, nicht die Zurückhaltung der Sache! — Damit dürften die Sätze des Textes gerechtfertigt, zugleich aber gewarnt sein vor missbräuchlicher Verwertung der exceptio non adimpleti contractus des § 1052.

D.

Endigung der Verwahrung und Erlöschen der gegenseitigen Ansprüche.

§ 47.

1. Das Rechtsverhältnis[1] der vertragsmäßigen Verwahrung einer Sache erlischt[2]

a) mit dem Ablaufe der Zeit, welche im Vertrage bestimmt war (§ 961), soferne nicht eine stillschweigende Erneuerung des Vertrages[3] platzgreift;

b) durch Aufkündigung (§ 963)[4] des Hinterlegers oder Verwahrers.

---

sache Derjenige, welcher etwas zu getreuen Handen annimmt, . . . verpflichtet, der Hinterlegende aber erst nachhero . . . rückverbindlich wird"), ist damit nur der Gegensatz der actio directa und contraria (§ 967) gemeint.

[48] Anders allerdings argumentieren D. Mot. II S. 582.

[1] Zum Unterschiede von den einzelnen Ansprüchen aus dem Depositum; vgl. auch oben § 34.

[2] Der Tod des Verwahrers braucht nicht (wie bei der Leihe; oben § 34 N. 6) an sich als Erlöschungsgrund bezeichnet zu werden, da nach § 962 dem Hinterleger jedenfalls das Recht der sofortigen Zurückforderung der Sache zusteht.

[3] Vgl. oben § 34 N. 3. Darüber, dass der dies, soweit die custodia in Frage kommt „pro debitore" wirkt, s. oben § 43 N. 5.

[4] Nach dem Wortlaute des § 963 und dem Sinne, den das a. b. Gb. sonst mit dem Ausdrucke „Aufkündigung" verbindet (s. §§ 233 ff., §§ 1021, 1114, 1211 ff., § 1399), erlischt somit das ohne directe oder indirecte Zeitbestimmung eingegangene Verwahrungsverhältnis nicht erst durch die thatsächliche Zurückstellung der Sache, sondern durch die

In beiden Fällen erlischt gleichwohl nicht jede Haftung des Depositars für die Sache.[5] Denn in demselben Augenblicke, in welchem das Rechtsverhältnis des Depositums aufhört, tritt die Verpflichtung zur Zurückstellung der Sache in Kraft, und, wie mit jeder Obligation, so ist auch mit dieser eine Diligenzpflicht bezüglich des Leistungsgegenstandes verbunden. Aber die Haftung des Verwahrers folgt von diesem Momente an nur den allgemeinen Normen der Culpahaftung, nicht mehr den besonderen Normen des Vertrages über die „Obsorge" für die Sache. Er erscheint jetzt nicht mehr an die Weisungen des Hinterlegers gebunden bezüglich der Art oder des Ortes der Aufbewahrung; wenn er die Sache einem Dritten anvertraut, macht ihn dies nicht schlechthin (§ 965) verantwortlich,[6] sondern nur bei culpa in eligendo (§ 1315); er kann endlich, um seiner Pflicht ledig zu werden, die Sache bei Gericht deponieren (§ 1425).[7]

c) Das Depositum erlischt durch nachträglichen Eigenthumserwerb des Verwahrers[8] an der hinterlegten Sache, und damit fallen auch die Ansprüche des Hinterlegers auf Rückstellung oder Schadenersatz weg, sowie regelmäßig der Gegenanspruch des Verwahrers wegen seiner Impensen.[9]

d) Das Rechtsverhältnis des Verwahrungsvertrages kann endlich durch Schuldverwandlung aufhören, indem es in ein anderes übergeht, wie Darlehen, Leihvertrag (§ 959),[10] Miete, Mandat u. a.

---

bloße Erklärung, welche zugleich die Auflösung des Verhältnisses (vgl. dazu oben S. 102 f.) und die Fälligkeit des Rückstellungsanspruches (vergl. dazu Dernburg Pr. R. II § 60) bewirkt. Anders, wenn der Vertrag die Verwahrungszeit bestimmt hatte, wo zwar eine vorzeitige Zurückforderung bezw. Zurückstellung nach § 962 möglich ist, aber die bloße Erklärung des betreffenden Verlangens das Obligationsverhältnis „vorbehaltlich der Modificationen durch mora accipiendi oder solvendi" (D. Mot. II S. 583) fortbestehen läßt. Unsere Schriftsteller äußern sich über diesen nicht unwichtigen Punkt (s. D. Mot. l. c.) gar nicht; bei Kirchstetter S. 499 N. 2 findet sich nur die sehr selbstverständliche Bemerkung, daß § 963 „nicht etwa eine förmliche Kündigung mit bestimmter Kündigungsfrist" statuiere.

[5] Vgl. dazu Brinz II § 217 und S. 609.

[6] Vgl. oben S. 305 f.

[7] Liegt überdies mora accipiendi des Hinterlegers vor, so reduciert sich die Haftung des Verwahrers noch weiter; s. Schey Mora S. 120 ff.

[8] Z. B. durch Schenkung Slg. 4581. — Daß übrigens unter Umständen auch ein depositum rei suae bestehen kann s. oben S. 286 f., vgl. auch oben S. 193, 244 f.

[9] Schadenersatzansprüche auf Grund einer culpa des Deponenten, ja selbst ein Anspruch auf Ersatz solcher Impensen, die der Depositar lediglich im Interesse des Deponenten gemacht hat, ohne daß sie jetzt ihm selbst zu gute kommen, können unter Umständen immerhin fortbestehen.

[10] Vgl. Unger Grünhuts Ztschr. XV S. 556 N. 5, Hruza Lehre v. d. Novat. S. 38 f., Schuster Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1830 II S. 43 ff., Nippel VI S. 266 ff. Einen besonderen Fall s. oben S. 190; über die Bedeutung des § 959 des näheren unten § 50.

2. Die aus der Verwahrung entsprungenen concreten Ansprüche des Hinterlegers auf Ersatz wegen mangelhafter custodia, bezw. des Verwahrers wegen Schadens, Kosten und Impensen sind bei Hinterlegung beweglicher Sachen,[11] in gleicher Weise wie die gegenseitigen Forderungen zwischen Entlehner und Verleiher,[12] an eine Präclusivfrist von 30 Tagen[13] gebunden: § 967 a. E. Sie erlöschen, wenn sie nicht innerhalb dieser Frist, gerechnet vom Tage der Zurücknahme, bezw. Zurückgabe[14] der Sache dem Gegner gerichtlich oder außergerichtlich[15] bekannt gegeben sind. Unabhängig davon läuft die Verjährung der gegenseitigen Klagen.[16]

Die Präclusivfrist des § 967 gilt aber ihrer Natur nach nicht für die actio directa des Hinterlegers auf Zurückstellung oder auf Ersatz wegen nicht erfolgter Zurückstellung,[17] und nicht für die Klage des Verwahrers auf den Lohn bei entgeltlichem Depositum, doch wohl aber für dessen actio contraria wegen vorzeitiger Rückforderung (§ 962)[18] der Sache.

---

[11] Über die Motive dieser Einschränkung s. Ofner II S. 562.

[12] In Betreff der Einzelheiten, insbesondere der Natur dieser Fristen s. die Erörterungen oben § 34, b) und Zus. Unrichtig in dieser Beziehung sprechen auch hier von einer Verjährung: Zeiller III S. 205, Nippel VI S. 286 f., Kirchstetter zu § 967 a. E., Krainz II, 1 S. 202.

[13] Anders nach § 14 Lagerh. Ges., nach welchem für die Ansprüche gegen das öffentliche Lagerhaus, „wegen Verlustes, Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ausfolgung der Waare" Art. 386 H. G. B. (Verjährung in einem Jahre) zur Anwendung zu kommen hat, und nur kraft Reglements oder Vereinbarung eine kurze Präclusivfrist gesetzt werden kann. Vgl. Adler S. 141 ff.

[14] Vgl. oben § 34 N. 10 u. 11.

[15] So richtig Scheidlein Hdb. II S. 418, jetzt auch Stubenrauch II S. 158 f. gegen Winiwarter IV S. 165 und Ellinger zu § 967. Wenngleich § 967 nicht so wie § 982 von „Rüge" und „Meldung" spricht, sondern minder klar vom „Anbringen der wechselseitigen Forderungen", so will er doch offenbar nicht minder als § 982 eine Anspruchsfrist, keine Klagefrist (s. oben S. 246) festsetzen. Es wäre in der That nicht einzusehen, warum in dieser Richtung für das Depositum anderes bestimmt sein sollte als für das Commodat. Dass aber § 967 aus § 982 zu erläutern ist (so auch Bock Gellers C. Bl. IX S. 375), nicht umgekehrt (wie Winiwarter l. c. S. 179 meint), ist klar, wenn man bemerkt, dass der Satz des § 967 geradezu als Nachbildung des dem § 982 entsprechenden Satzes des Wg. Gb. III § 89 in das a. b. Gb. gekommen ist (s. Ofner II S. 61 f.).

[16] S. oben S. 247 f. — Die Verjährung der Klage des Hinterlegers beginnt, auch wenn eine Zeit für die Verwahrung bestimmt war, vermöge § 962, sofort mit der Hingabe; Unger II S. 383 N. 13, Hasenöhrl II S. 605 N. 30. — Dass diese Verjährung, wenn der Deponent zugleich der Eigenthümer der Sache ist, unpraktisch sei, weil der Depositar nie usucapieren könne (so Förster-Eccius II S. 333) ist nicht richtig, da gewiss auch die Eigenthumsklage des Deponenten verjähren kann.

[17] S. die Entscheidung oben § 34 N. 12; Krainz II, 1 S. 202. Anderer Ansicht scheint Adler S. 142.

[18] Vgl. die ratio der Norm oben S. 245 f.

E.

Bezüglich des Verhältnisses bei **Mehrheit der Hinterleger oder Verwahrer** genügt es, auf die oben (§ 35) für den Leihvertrag gegebene Darstellung zu verweisen.[19]

II.

Hinterlegung bei einem Sequester.

§ 48.

A. b. Gb. § 968. — Bock Geller's Centr. Bl. IX S. 207 ff., 255 ff., 367 ff.; Reinhold D. Sequestration n. öst. R. (1894); Schubert-Soldern D. Sequestration n. öst. R. (1894). — Krainz II, 1 § 358. — Muther Sequestration u. Arrest im Röm. R. (1856); Arndts § 287; Windscheid § 380.

Wie in den Darstellungen des gemeinen Rechts,[1] so erscheint auch im a. b. Gb. die Sequestration (§ 968) nur als eine Abart des Depositums behandelt. Gleichwohl umfasst dieselbe im Sinne unserer Gesetzgebung[2] zweifellos ein viel weiteres Gebiet. Vor allem ist, eben nach den in dem Hauptstücke vom Verwahrungsvertrage „festgesetzten Grundsätzen", welche nach § 968 für den Sequester zu gelten haben, klar, dass der „Sequester" überall dort, wo seine Aufgabe über die custodia einer Sache hinausgeht und in der Verwaltung einer Sache besteht, oder wo eine „unkörperliche Sache" den Gegenstand der Sequestration bildet,[3] nicht „Verwahrer", sondern „Gewalthaber" ist: § 960.[4] Ebenso gewiss aber beruht die Se-

[19] An die gemeinschaftliche Hinterlegung durch mehrere knüpft die Sequestration an, von welcher im folgenden Abschnitte die Rede ist (vgl. D. Mot. II S. 580). S. noch speciell für das Depositum Gruchot S. 821 ff., Cohn S. 896 und (irrig) Kirchstetter zu § 967. Wie schon oben § 35 N. 6 bemerkt, erscheint die „Obsorge" als untheilbare Leistung, auch wenn deren Object theilbar ist, z. B. eine Geldsumme (vgl. Reatz Gutachten S. 1141); nur bei depositum irregulare handelt es sich schlechthin um Rückgabe einer Quantität, d. i. einer theilbaren Leistung. — Besonderes galt für das depositum nach L. 1 § 36 D. h. t. (vgl. Ryck S. 108, Eisele Ztschr. d. Sav. Stift. f. R. G. XIII S. 125 f.) (ähnlich Cod. Ther. III 6 Nr. 28 f.); specielle Regeln geben auch Pr. L. R. I, 14 §§ 59—66, Schweiz. Obl. R. Art. 481.

[1] Maßgebend für diese ist immer noch die Ordnung des prätorischen Edictes, vgl. Lenel Ed. perpet. S. 231. Doch haben schon ältere Schriftsteller erkannt, dass die Sequestration nicht immer nur eine Art des Depositums sei, vgl. nur Glück l. c. § 948. S. noch unten N. 6.

[2] Man denke nur an die „executive Sequestration" (§ 320 a. G. O.), die auch dem a. b. Gb. (s. das Register h. v.) nicht unbekannt ist, §§ 1135 f. — Zur Terminologie des a. b. Gb. vgl. den Aufsatz in Geller's C. Bl. II S. 138 f.

[3] S. oben S. 282 f.

[4] Vgl. Krainz II, 1 S. 203, Stubenrauch zu § 968, Czyhlarz Grünhuts Ztschr. VI S. 690, Schubert-Soldern S. 25 f., S. 88 f., Reinhold S. 59; die Commentatoren, an der Spitze Zeiller III S. 206 scheinen die Grundsätze des Depositums und des Mandates zugleich anwenden zu wollen, so wie Cod.

questration nicht auf einem Verwahrungsvertrag, wo sie vom Gerichte bestellt ist.[5] Gerade diese Sequestrationsfälle aber stehen für das heutige Recht im Mittelpunkte des Interesses; deshalb findet eine zusammenfassende Theorie der Sequestration — soweit dieselbe überhaupt in das Privatrecht und nicht in das Processrecht gehört — besser ihre Stelle in dem von der Führung fremder Geschäfte handelnden Abschnitte.[6]

Hier ist nur der systematische Zusammenhang eines Theiles der als „Sequestration" bezeichneten Fälle mit dem Depositum aufzuzeigen und anzudeuten, in wie weit auch nur diese Fälle wirklich, wie § 968

Ther. l. c. Nr. 68 verfügt hatte. Nicht ganz klar auch Bock S. 375.

[5] S. darüber unten S. 350. Correcter als § 968 sagte daher Entw. Martini III 4 § 41, Wg. Gb. III § 142: „Wird eine streitige Sache von den Parteien, oder vom Gerichte ohne eigentlichen Hinterlegungsvertrag in Verwahrung gegeben" u. s. w. Nach Schubert-Soldern S. 87 läge ein fingierter Vertrag vor! Reinhold S. 67 ff. will das Verhältnis stets als rein privatrechtliches auffassen.

[6] Unten im II. Abschnitt dieses Buchs. — Zur vorläufigen Übersicht nur so viel: Die Sequestration kann **begründet** werden 1. durch Vertrag zwischen den (streitenden) Parteien und dem Sequester (sequestratio voluntaria) oder 2. durch richterliche Bestellung (s. necessaria) — wie das auch § 968 andeutet (vgl. Code Art. 1955: „séquestre conventionnel — judiciaire" —; nach der älteren Auffassung des Cod. Ther. l. c. Nr. 63, 64 war auch die Parteienvereinbarung nur die Basis für einen „gerichtlichen Beschlag") oder 3. durch einseitige Übergabe in die Verwahrung eines Dritten (s. unten N. 19). — Die eine wie die andere Sequestration (1—3) kann aber zum **Zwecke** haben a) die vorläufige Sicherung einer Sache gegen Eingriffe der Streitenden, oder b) die Realisierung eines Anspruches (Execution) durch Verwertung des Ertrages der Sache oder — gleichsam die Mitte zwischen beiden — c) ein „Erfüllungsurrogat" zur Liberierung des zur Übergabe der Sache Verpflichteten zu bilden (vgl. Schey Mora § 9, Schubert-Soldern S. 267 ff.; Reinhold S. 76 f. will diese Fälle nicht gelten lassen). Die in § 968 gegebene Begriffsbestimmung paßt nur auf Fälle der Gruppe a und etwa auch c, obgleich das a. b. Gb. selbst Fälle executiver Sequestration berührt (s. oben N. 2). — Was nun die **rechtliche Stellung** des Sequesters anbelangt, so scheint § 968 auch die des gerichtlichen Sequesters ganz allgemein durch den Hinweis auf Rechte und Pflichten eines Depositars zu charakterisieren (ähnlich Code Art. 1963). Indes wird sich zeigen, daß es sich da doch nur um analoge Anwendung der Grundsätze des Verwahrungsvertrages handeln kann (s. vorläufig unten § 49). Im übrigen kann die Stellung des vertragsmäßigen Sequesters ihrem Wesen nach verschieden sein: α die eines „Verwahrers", oder β die eines „Verwalters" — in den Fällen, welche oben unter a und c erwähnt sind, die eine wie die andere, in dem Falle b (der executiven Sequestration), wo er nothwendig Verwaltungsgeschäfte zu besorgen hat, offenbar stets nur die eines Mandatars; vgl. auch Exner, Hypothekenr. S. 331 f., N. 3; Schubert-Soldern S. 89 (etwas anders Reinhold S. 63). — Nur die Combinationen 1. a) α und 1. c) α gehören somit systematisch in das Gebiet des Verwahrungsvertrages. Die große Verschiedenheit der unter dem Namen „Sequestration" begriffenen Fälle wird von unseren Schriftstellern nicht genug beachtet, so auch von Bock S. 307 ff. nicht genug klar gemacht; die alle Abarten umfassenden Definitionen aber, wie sie z. B. Schubert-Soldern S. 18 f., Reinhold S. 85 geben, sind infolgedessen ziemlich wertlos.

sagt, „nach den hier festgesetzten Grundsätzen beurtheilt" werden müssen und können.

1. Die Hinterlegung bei einem Sequester knüpft begrifflich an an das Rechtsverhältnis bei Mehrheit der Hinterleger.[7] Die beiden (oder mehreren) Deponenten können zunächst, etwa als Miteigenthümer, dasselbe gemeinsame Interesse haben wie an der Verwahrung so auch an der Zurückstellung der Sache in ihren Mitbesitz.[8] Vermöge der Untheilbarkeit der Leistung des Verwahrers führt schon diese Gestalt gemeinsamer Deposition, wie gezeigt wurde,[9] zu einer Art gesetzlicher Solidarität auf Seite der Berechtigten. Bei der Hinterlegung kann jedoch auch vertragsmäßige Correalität bedungen sein, so dass jedem der Deponenten das volle Rückforderungsrecht gegen den Verwahrer zusteht. Mit dem Wesen der Correalität ist es aber weiters vereinbar, dass dem einen der als Correalgläubiger berechtigten Deponenten die Rückförderung in solidum nur unter einer Bedingung vorbehalten wird,[10] oder auch jedem von ihnen unter verschiedenen Bedingungen. Diese Bedingungen mögen endlich auch so festgesetzt sein, dass sie sich gegenseitig ausschließen, dass also die Deficienz der Bedingung des einen zusammenfällt mit dem Eintritte der dem anderen Rückforderungsanspruche gesetzten Bedingung.[11] Ist nun diese doppelseitige Bedingung die zu Gunsten des einen oder des anderen ausfallende Entscheidung über die von den Hinterlegern bezüglich der deponierten Sache erhobenen und zwischen ihnen streitigen Ansprüche, so liegt der Fall des Depositums vor, welchen § 968 als „Sequestration" bezeichnet. In dieser Gestalt erscheint somit die Sequestration als wirklicher Verwahrungsvertrag, u. zw. als die Hinterlegung einer Sache durch zwei (oder mehrere) Personen mit verabredetem bedingten Rückforderungsrechte jedes der Deponenten in solidum.[12]

---

[7] S. oben § 47 N. 19.

[8] Vgl. Muther S. 36 f. Anders in dem Falle der N. 11.

[9] S. oben § 35.

[10] L. 7 D. de duob. reis 45, 2; Unger Jahrb. f. d. Dogm. XXII S. 222. Für das österreichische Recht ergibt sich diese Möglichkeit aus § 894.

[11] Die Interessen der beiden Hinterleger gehen hier parallel nur bezüglich der einstweiligen Verwahrung, sie divergieren aber bezüglich der Zurückstellung der Sache; vgl. oben N. 8.

[12] Cf. L. 6 D. h. t. 16, 3: „Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur" (Paulus); L. 17 pr. eod.: „in solidum unusquisque videtur deposuisse". Vgl. Schubert-Soldern S. 21 ff. Die Construction bei Muther S. 37 N. 4, wonach für jeden der Deponenten ein resolutiv bedingtes Depositum entstehen soll (es „soll kein Depositum sein", falls die Bedingung zu Gunsten des anderen Deponenten ein-

Aus diesem Zusammenhange erhellt nicht nur, dass ein so geartetes Rechtsverhältnis schon seiner Natur nach den allgemeinen Normen des Verwahrungsvertrages zu unterstellen ist,[13] sondern auch, dass ganz gleichartig mit der im Gesetze als „Sequestration" hervorgehobenen Hinterlegung solche Fälle sind, wo der Rückforderung in solidum eine andere Bedingung als die der richterlichen Entscheidung über gewisse das deponierte Object betreffende Ansprüche gesetzt ist;[14] so etwa, wenn bei einer Wette die beiderseitigen Einsätze bei einem Dritten hinterlegt werden (§ 1271), damit der Verwahrer je nach Ausfall der Wette das Ganze dem einen oder dem anderen der Hinterleger herausgebe, oder wenn bei Abschluss eines Vertrages das Angeld, oder wenn eine Caution in die Hände eines Dritten gelegt wird.[15]

In all' diesen Fällen erfolgt die Hinterlegung gemeinschaftlich durch alle Betheiligten,[16] wie immer ihre wirkliche oder vermeintliche Berechtigung an dem Gegenstande derselben beschaffen sein mag.[17]

---

tritt) scheint mir nicht nur verkünstelt, sondern auch unrichtig; denn die Verantwortlichkeit des Verwahrers für die custodia besteht beiden Deponenten gegenüber, und nur die Restitution der Sache an den einen oder anderen ist bedingt. Gegen Muther, aber mit einer noch künstlicheren Construction J. Voigt Besitz d. Sequester S. 28 f.

[13] Vgl. Förster-Eccius II S. 341, D. Mot. II S. 580.

[14] Vgl. Windscheid § 380 N. 1, Schubert-Soldern S. 24, Reinhold S. 75, 88.

[15] Slg. 11625, 12123, 6478 (zur Sicherstellung eines gefällten Schiedsspruches hatten beide Theile je ein Wechselaccept pr. 50 fl. bei einem Dritten hinterlegt mit der Verabredung, dass, wenn ein Theil den Schiedsspruch verletzten sollte, beide Wechsel dem anderen Theile herauszugeben seien), Slg. 13462 (Hinterlegung einer Cessionsurkunde). Andere Beispiele bei Muther S. 202 (Deposition einer Quittung) und Brinz II S. 605 N. 15. Dabei ist aber immer vorausgesetzt, dass beide Interessenten gemeinsam deponieren; vgl. unten, und Muther S. 199 f.

[16] Auch die römischen Juristen betonen dies Moment; L. 17 D. h. t. 16, 3 (Florentinus): „Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt", cf. L. 110 D. de V. S., L. 6 D. h. t. (oben N. 12). — Anders Code Art. 1956.

[17] Man kann nicht sagen, dass jeder seinen (wirklichen oder vermeintlichen) Antheil an der Sache mit dem Beding der ev. Herausgabe an den anderen, also „zu Gunsten eines Dritten" deponiere; das obligatorische Verhältnis des Depositums ist ja von dem Eigenthum oder der sonstigen Berechtigung des Hinterlegers an der Sache ganz unabhängig (s. oben S. 285), die Grundlage desselben vielmehr nur das Interesse an der custodia der Sache. In diesem aber treffen die beiden Hinterleger bei der Sequestration bezüglich des Ganzen zusammen, vgl. oben N. 11. Richtig bemerkt schon der Wiener Heineccius § 813: „wenn auch nur der Besitzer die Sache dem Sequester übergibt, so ist doch der Gegentheil damit zufrieden", die Sache wird also „bei der Sequestration von beiden streitenden Parteien" übergeben. Eine ganz andere, nicht hieher gehörige, Frage ist es, welche Wirkung der Erlag ev. bezüglich des Eigenthumsüberganges haben kann und soll. S. über die mit dem Erlage möglicherweise verbundene ev. Traditionsofferte (die Construction vor Muther S. 66 ff., S. 236 ff. als

Ihrem Zwecke nach verwandt,[18] dennoch aber verschieden davon und deshalb nicht unter den Begriff der „Sequestration" gehörig ist die Deposition einer Sache durch eine Person mit dem Beding, dass diese Sache eventuell einem Dritten herauszugeben sei — ein (bedingtes) depositum in favorem tertii, von welchem bereits in anderem Zusammenhange die Rede war.[19]

Auch die mittlerweilige Hinterlegung einer streitigen Sache bei Gericht gehört nicht hierher, obzwar sie demselben Zwecke dienen kann, wie die vertragsmäßige Sequestration.[20]

2. Für die hiermit abgegränzten Fälle der Sequestration,[21] aber auch nur für diese, gelten somit die Normen des Verwahrungsvertrages, so weit sie nicht durch die lex contractus, die bedingte Berechtigung in solidum der mehreren Hinterleger, modificiert erscheinen. Hier ist nur einzelnes hervorzuheben.

a) Die Sequestration ist Realcontract wie jedes Depositum; die vorhergehende Vereinbarung, durch welche jemand zum Sequester „bestellt" wird, erscheint als bloßes pactum de contrahendo. Nicht damit zu verwechseln ist die Vereinbarung der beiden Interessenten darüber, die streitige Sache einem Sequester übergeben zu wollen.[22] Unter ihnen handelt es sich nicht um ein depositum; für sie ist diese Verabredung der „Hauptvertrag", nicht bloßer Vorvertrag. Die beiden Rechtsgeschäfte sind regelmäßig auch in ihrer Giltigkeit unabhängig von einander.[23] Nur bei Spiel und Wette (§ 1271 be-

---

gegenseitige Verpfändung hat jedenfalls für das österr. Recht keinen Halt) nur oben § 40 N. 29.

[18] Vgl. oben N. 6 Z. 3. S. auch Muther S. 77.

[19] Häufig wird allerdings der eine zugleich als Stellvertreter des anderen Interessenten deponieren, also in der That eine „Sequestration" vorliegen (vgl. Muther S. 37, oben N. 17), allein es ist unnatürlich überall eine derartige Gemeinschaft der Hinterlegung zu unterstellen (wie z. B. Cohn Beitr. z. Erl. d. deutsch. R. XXXII S. 581 ff.), statt zuzugeben, dass auch ein wahres depositum in favorem tertii (darüber oben S. 301 ff.) vorliegen kann.

[20] Vgl. Winiwarter IV S. 166, auch §§ 347, 348; das Gericht steht aber zu den Deponenten nicht in einem Vertragsverhältnisse (s. unten S. 348).

[21] Einschließlich der oben bei N. 15 mit der „Sequestration" des § 968 gleichgestellten Fälle.

[22] Die beiden Verträge — zwischen den Deponenten einerseits und mit dem Sequester anderseits — sind begrifflich getrennt (s. auch Bock S. 209), wenngleich sie thatsächlich in einem Acte zusammentreffen mögen; vgl. Muther S. 62 f. Anderseits steht nichts entgegen, die Klage auf Anerkennung der Entscheidung und Herausgabe des Depositums gegen die andere Partei und den Sequester zu cumulieren, vgl. Slg. 5967, 11625.

[23] Die Vereinbarung zwischen den beiden „streitenden Parteien" bleibt giltig, wenngleich etwa die Vereinbarung mit dem Sequester vor der Übergabe der Sache nach § 936 ungiltig würde; und umgekehrt hängt, falls der Sequester zugleich zum Schiedsrichter bestellt werden

deutet die Hinterlegung des Preises bei einem Dritten zugleich erst die Vollgiltigkeit der Obligation zwischen den Hinterlegern.

b) Für das Rechtsverhältnis zwischen dem Sequester und den Deponenten gelten die allgemeinen Grundsätze[24] der §§ 961, 962,[25] 964, 965, 966, 967 und 969 in Bezug auf die custodia des Sequesters, die Herausgabe der Sache, den Beweis, die Gegenansprüche des Sequesters, insbesondere das Recht auf eine Entlohnung, die Präclusivfristen für die wechselseitigen Ansprüche, endlich auch die Ausschließung der Compensation und des Retentionsrechts (§ 1440).[26] Diese Grundsätze erleiden aber vermöge des besonderen Zweckes der Hinterlegung bei einem Sequester

c) gewisse Modificationen. Zunächst ist jeder der beiden Hinterleger befugt, für sich allein die Herausgabe des ganzen Depositums zu fordern, wenn, aber auch nur wenn er den Eintritt der Bedingung seines Alleinanspruchs beweist, d. i. die zu seinen Gunsten erflossene Entscheidung über den zwischen ihm und seinem Genossen bestandenen Streit (oder sonstigen Zweifelspunkt).

Vorzeitige Rückforderung im Sinne des 1. Satzes des § 962, d. i. Rückforderung vor der in Aussicht genommenen Entscheidung, ist, wie bei jedem Depositum, so auch dem Sequester gegenüber zulässig: aber sie steht hier der lex contractus entsprechend nur beiden Hinterlegern zusammen zu.[27] Die verabredete Correalität kann während der Schwebe der ihr gesetzten Bedingung nicht wirken; somit tritt die allgemeine Norm des § 890 ein, wonach der Sequester „auf die Übereinkunft aller" Hinterleger dringen oder die Sache zu Gericht erlegen kann. Und dasselbe muß offenbar gelten, so lange

---

sollte (Muther S. 64 ff.), die Giltigkeit des Vertrages zwischen den „Parteien" von der Beobachtung der Schriftform ab (§ 1391 a. b. Gb., § 270 a. G. O.), die Verbindlichkeiten und Rechte des Sequesters aber aus dem realen Depositum werden hiedurch nicht berührt.

[24] Auch ein depositum irregulare beim Sequester ist denkbar.

[25] § 963 kommt nicht in Betracht, da die Sequestration ihrem Wesen nach auf Verwahrung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung gerichtet ist.

[26] Gerade in diesen Punkten wird die Unterscheidung der Fälle wichtig, wo der Sequester als Mandatar erscheint.

[27] So richtig Stubenrauch II S. 159, Bock S. 374, Schubert-Soldern S. 26 (vgl. auch Czyhlarz l. c. S. 674 N. 42). Einseitige Zurücknahme der Sache vor der Entscheidung macht dem anderen Deponenten gegenüber ersatzpflichtig, Slg. 6478. Dagegen ist nicht einzusehen, warum auch nach eingetretener Entscheidung demjenigen, zu dessen Gunsten dieselbe lautet, für sich allein die Legitimation zur Klage gegen den Depositar abgesprochen werden sollte, wie dies Slg. 12123 geschieht. Der gerichtlich bestellte Sequester ist natürlich nur auf gerichtliche Weisung zur Herausgabe verpflichtet, Slg. 6848.

der Beweis nicht erbracht ist, dass die Entscheidung in der That zu Gunsten des einen oder des anderen Deponenten ausgefallen ist.[28]

d) Vor allem aber unterscheidet sich die rechtliche Stellung des Sequesters von der eines gewöhnlichen Depositars dadurch, dass ihm Besitzschutz zuerkannt werden muss,[29] u. zw. nicht nur gegen dritte Personen, sondern auch gegen die Hinterleger selbst.[30] Die Begründung dieses Satzes kann erst die zusammenfassende Darstellung aller verschiedenen Sequestrationsfälle liefern, deren Resultate hier nur anzudeuten sind. Der Sequester ist nicht juristischer Sachbesitzer im Sinne des a. b. Gb., denn es fehlt ihm der „animus domini". Aber er ist doch nicht, wie sonst ein Depositar, lediglich das Organ, welches für den Hinterleger die Gewahrsame übt, weil dieser selbst sie nicht genug sichern kann; sondern er wird geradezu bestellt, weil die Sache vorläufig der Gewahrsame beider Deponenten entrückt werden soll, mit der Aufgabe, bis dahin diese Gewahrsame nicht nur nach außen, sondern auch gegen die Hinterleger festzuhalten.[31] Er hat deshalb nicht bloß eine Pflicht, sondern auch ein Recht der Verwahrung und genießt für dieses nach den Grundsätzen des a. b. Gb. auch possessorischen Schutz als Rechtsbesitzer.[32]

---

[28] Es folgt dies auch aus dem Principe des § 348, welches im Wg. Gb. III § 134 auch für den Depositar speciellen Ausdruck fand (vgl. dazu Ofner II S. 407); Bock S. 376. Über die Cumulierung der Klage gegen die gegnerische Partei und den Sequester s. oben N. 22.

[29] Über das praktische Bedürfnis possessorischen Schutzes des Sequesters ist man ziemlich einig, s. Muther S. 226 ff., Ihering Besitzwille S. 382 f., Voigt l. c. S. 11 ff, Strohal Jahrb. f. d. Dogm. XXIX S. 360, Hirsch Sachbesitzerw. S. 728, auch Randa Besitz S. 110, N. 5 (dagegen Bekker Recht d. Besitzes S. 180 f.). Für den Besitzschutz nach positivem österreichischen Recht haben sich geäußert Bock S. 377 f., Ofner Sachenr. S. 114, Pfersche Österr. Sachenr. I S. 102 f. (vgl. auch unten N. 32), Reinhold S. 92 f. (mit kaum genügender Construction), dagegen aber Randa l. c. S. 20, S. 517 N. 1a, Schubert-Soldern S. 106 f. Die neuere Praxis ist entschieden für die Ansicht des Textes, s. Slg. 7876, 8726, 12295, 12697 (anders Slg. 819).

[30] Denn die Endigung des Sequestrationsverhältnisses ist eine Frage, die nur in petitorio zu erledigen ist; vgl. hier vorläufig oben S. 222 f.

[31] Vgl. Voigt l. c. S. 32, Ihering l. c. S. 382, Hölder krit. Vierteljhrschr. XXXIV S. 237 f., vgl. auch die Gründe der 2. Instanz Slg. 12295.

[32] Die Behauptung, dass der Sequester nur eine Pflicht und kein Recht habe (Randa l. c. S. 110 N. 5, S. 517 N. 1a), trägt dem thatsächlichen Verhältnisse nicht Rechnung. — Noch einfacher freilich ergibt sich der Schutz des Sequesters, wenn man nach österr. R. jedem Inhaber die Besitzklage zuspricht, wie Burckhard III S. 9 ff., dem Bock S. 377 folgt; eigenthümlich auch Pfersche l. c. S. 102 f. — Der gerichtliche Sequester muss jedenfalls — worauf Slg. 819, 12295 hingewiesen ist — bei dem Gerichte, das ihn bestellte, auch im summarischen Wege Schutz für seinen Besitz finden.

III.

Gerichtliche Hinterlegung.

§ 49.

Czyhlarz Die gerichtliche Deposition der Schuld, Grünhuts Ztschr. VI S. 657—693. — Dertmann D. rechtl. Natur der Prozesscautionen, Arch. f. d. civ. Prax. LXXIX S. 244—275 Spieß Die Hinterlegung und vorläufige Verwahrung von Geld, Wertpapieren u. Kostbarkeiten (1890).

1. Die gerichtliche Hinterlegung im eigentlichen Sinne, d. i. die Übergabe von Sachen in die Verwahrung des Gerichts[1] zu irgend einem gesetzlich bestimmten Zwecke[2] — und dasselbe gilt auch von den in gewissen Fällen vorgeschriebenen Erlägen bei anderen Behörden (Administrativ-Depositen)[3] — ist, wegen ihrer Verwandtschaft mit dem civilrechtlichen Depositum, hier zu berühren, aber ihre weitere Erörterung gehört nicht hieher. Denn durch diese „Hinterlegung" entsteht kein privatrechtliches Depositum[4] zwischen dem Hinterleger und dem Fiscus, sondern eine öffentlichrechtliche Beziehung zwischen Partei und Amt.[5]

---

[1] Bezw. des gerichtlichen Depositenamtes oder des Steuer- als Depositenamtes (§§ 2 f. Min.-Erl. v. 16. Nov. 1850 R. G. B. 448). — Über die „gerichtsmäßigen Depositen" bei der österr.-ung. Bank (Vdg. v. 21. Juni 1893 R. G. B. 103) s. unten Z. 3.

[2] Z. B. als Surrogat der Zahlung nach § 1425, oder als prozessuale Caution (vgl. die oben § 48 N. 15 erwähnten Fälle). — Würde eine Gerichtsstelle ohne solchen gesetzlichen Anlass, etwa aus Gefälligkeit, die Aufbewahrung von Sachen übernehmen, dann allerdings läge ein gewöhnlicher Verwahrungsvertrag vor, aus dem aber auch keine Syndicatshaftung des Staates abgeleitet werden könnte (die k. Vdg. v. 12. März 1859 R. G. B. 46 hatte im § 7 die Haftung des Staates ausdrücklich auf die „gesetzmäßig übergebenen" Depositen beschränkt; vgl. dazu Slg. 7727).

[3] Z. B. Jagdpachtcautionen, welche nach § 9 Vdg. v. 15. Dec. 1852 R. G. B. 257 beim Steueramte, oder Cautionen für periodische Druckschriften, welche auf Grund § 14 des Preßges. v. 17. Dec. 1862 bei einer Landescasse zu erlegen sind.

[4] Wie bei der römischen „depositio in publicum" (L. 19 C. de usur. 4, 32), wo der Richter nur über die Auswahl des Depositars entschied, zwischen diesem und den Erlegern aber dann ein rein privatrechtliches depositum stattfand; vgl. nur Czyhlarz S. 663 f. N. 19.

[5] So Gruchot Zahlung d. Geldschuld S. 270 f., Schubert-Soldern l. c. S. 268, Ulrich Deposit. u. Derelict. S. 97, und mit tieferer Begründung Dertmann S. 248 ff., so ist wohl auch Czyhlarz S. 669 zu verstehen; vgl. auch D. R. G. XI S. 320 und Geller's C. Bl. II S. 131 N. 4. Es handelt sich also nicht bloß um gewisse (aus der Person des „Depositars" sich ergebende) Modificationen der gewöhnlichen Normen des depositum; so lehrte die ältere Doctrin, s. etwa Luden im Rechtslex. III S. 309 und die Commentatoren Zeiller III S. 206, Rippel VI S. 289 ff., Winiwarter IV S. 166, aber ähnlich meint auch Hasenöhrl II S. 494 nur die Stellung des Gerichts sei keine „rein privatrechtliche" (vgl. auch S. 492). Stubenrauch II S. 154 N. 1 erklärt das Verhältnis geradezu als Verwahrungsvertrag (sowie für das preußische Recht Förster-Eccius II S. 339 f.; auch Spieß S. 64 f. erblickt darin ein, durch Normen des öffentlichen Rechts

Sowie das Gericht das Depositum nur annimmt nach Maßgabe seiner amtlichen Verpflichtung hiezu,[6] so richtet sich auch die Art und das Maß seiner custodia, sowie seine Haftung für die Zurückstellung nach den diesbezüglich bestehenden, theils processualen,[7] theils verwaltungsrechtlichen Vorschriften. Dem Hinterleger, bzw. der rückforderungsberechtigten Partei steht keine privatrechtliche actio depositi gegen das Ärar zu, sondern nur der Weg des Einschreitens durch Gesuch, nöthigenfalls der Beschwerde im Instanzenzuge,[8] in letzter Linie aber die Syndikatsklage gegen den schuldtragenden Beamten und den Staat.[9]

Materiell aber stellt sich demnach die Haftung des Staates für Depositen nicht als eine Haftung für die Verletzung einer concreten gegen den Hinterleger übernommen (vertragsmäßigen) Obsorgepflicht im Sinne der §§ 964 f. dar, sondern lediglich als Verantwortung für die Einhaltung der allgemeinen Normen für die Verwaltung des Depositenwesens. Daher trifft denn auch nach der Regel des § 1296 den Ersatzkläger der Beweis der Pflichtwidrigkeit der betreffenden Beamten,[10] während sonst der Depositar (§ 1298) seine Schuldlosigkeit zu erweisen hat. Positive Normen aber, wie sie etwa § 966 über den Beweis von Abgängen, § 967 über die Präclusion der Ersatzansprüche, § 1440 über die Retention[11] aufstellt, können vom bürgerlichen nicht auf das öffentlichrechtliche Depositum über-

bloß „modificiertes" privatrechtliches Obligationsverhältnis). Die dort berufenen Entscheidungen des oberst. G. H. und des Reichsgerichts betreffend die Competenz der Civilgerichte (Slg 6249 und Hye Slg. III Nr. 138) sprechen sich indes über die Natur des Verhältnisses meritorisch gar nicht aus, in dem Falle Slg. 5406 aber bestand zwischen dem Fiscus und dem Erleger allerdings ein privatrechtliches Verhältnis, da es sich um Deponierung als Pfand für eine Steuerforderung handelte.

[6] Damit allein, daß das Gericht zur Annahme verpflichtet ist, wäre die Möglichkeit eines Vertrages über die Verwahrung allerdings nicht ausgeschlossen (wie z. B. Gruchot l. c. S. 270, auch Oertmann S. 248 meint) — ebenso wenig wie durch ein pactum de contrahendo deposito.

[7] Über, bzw. gegen die Einreihung der Depositenannahme unter die „freiwillige Gerichtsbarkeit" s. Czyhlarz S. 666, anderseits etwa Ulbrich Lehrb. d. österr. Staatsr. § 296 II.

[8] Vgl Slg 8489; Czyhlarz S. 670.

[9] § 4 Ges. v. 12. Juli 1872 R. G. B. 112: Die Angestellten der Steuerämter gelten bezüglich ihrer Amtshandlungen mit gerichtlichen Depositen als „richterliche Beamte". — Bezüglich der nicht richterlichen Beamten fehlt es noch an einer Norm über die Haftung des Staates (vgl. Art. 12 Staatsgrdges. v. 21. Dec. 1867 R. G. B. 145), doch wird dessen Haftung für administrative Depositen anerkannt; s. Mayerhofer Hdb. f. d. polit. Verwaltungsdienst I S. 324, N.

[10] §§ 2, 10 Ges. v. 12. Juli 1872 cit.; vgl. Czyhlarz S. 670.

[11] Für die Verwahrungsgebür haftet geradezu das Depositum als Pfand; „vor Berichtigung der Gebür darf der verwahrte Gegenstand nicht erfolgt werden": § 14 Pat. v. 26. Jan. 1853 R. G. B. 18.

tragen werden, mag auch sonst die Analogie zwischen beiderlei Verhältnissen[12] nicht zu verkennen sein.

2. Wenn das Gericht eine Sache nicht in eigene Verwahrung nimmt, sondern dieselbe „der Gewahrsame eines dritten" anvertraut (§§ 347, 348, 1425), so ist vorerst klar, dass das Verhältnis zwischen diesem Dritten und dem Gerichte nicht ein Depositum im Sinne des a. b. Gb. sein kann, sondern wieder nur ein durch den richterlichen Auftrag begründetes, dem Processrechte angehöriges Verhältnis, dessen privatrechtliches Seitenstück übrigens, wenn man überhaupt nach einem solchen sucht, nicht der Hinterlegungsvertrag, sondern das Mandat bildet (arg. § 1034).

Was jedoch das Verhältnis des gerichtlich bestellten Verwahrers zu den Parteien betrifft, so kann zwar auch hier nicht von einem Hinterlegungsvertrage gesprochen werden; denn nicht der „Wille der Parteien", sondern der gerichtliche Auftrag bildet die Grundlage aller Rechte und Pflichten des Verwahrers auch diesen Parteien gegenüber. Allein seinem wirtschaftlichen Zwecke nach erscheint dennoch dies Verhältnis gleichartig mit dem bei vertragsmäßiger Verwahrung; hier wie dort liegt ein Privatrechtsverhältnis vor, welches durch die causa der „Obsorge" (custodia) über eine Sache charakterisiert wird.[13] Auf dieses Verhältnis — zwischen dem „dritten" Verwahrer und dem Erleger — sind daher (arg. § 968)[14] die Normen des a. b. Gb. über den Hinterlegungsvertrag anzuwenden.

3. Wieder anders geartet endlich sind die „gerichtsmäßigen Bankdepositen" (Art. 71 der mit Ges. v. 21. Mai 1887 R. G. B. 51 abgeänderten Statuten der öst.-ung. Bank). Unter gewissen Voraussetzungen hat der mit Bewilligung des Gerichtes erfolgte Erlag von Wertpapieren bei der öst.-ung. Bank dieselbe Rechtswirkung, wie die gerichtliche Deposition. In solchem Falle bewilligt zwar der Richter diese Art der Hinterlegung, diese selbst aber spielt sich lediglich zwischen der deponierenden Partei und der Bank, und in den Formen des gewöhnlichen privatrechtlichen (bankmäßigen) Depositums ab[15] — ein echter Verwahrungsvertrag also, aber aus-

---

[12] Deshalb ist z. B. die Anerkennung eines gerichtlichen „depositum irregulare" von Geld gewiss bedeutsam auch für die Theorie des privatrechtlichen Verwahrungsvertrages; s. darüber unten S. 358, und vorläufig Czyhlarz S. 671.

[13] Vgl. dazu oben S. 9.

[14] Vgl. oben § 48 N. 6.

[15] Die näheren Bestimmungen über diese Depositen in der Vdg. v. 21. Juni 1893 R. G. B. 103 (s. bes. §§ 5, 8, 11) bringen dies deutlich zum Ausdruck.

gestattet mit den Wirkungen der gerichtlichen Hinterlegung. Hier kommen daher die Normen des a. b. Gb. zur Anwendung, mit den eben durch diesen Zweck gebotenen Modificationen.[16]

IV.

Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag.

A. b. Gb. § 959. — Neustetel Römischrechtl. Untersuchungen (1821) Nr. I; Serafini del deposito irregolare, Giurista di Napoli VI n. 36 e 53 (1863); Mühlhäuser Üb. Umfang u. Geltung d. depositum irregulare (1879); Niemeyer Depositum irregulare (1889) (woselbst p. IV—VI ausführliche Literaturangaben), dazu Bruckner Krit. Vierteljahrschr. XXXIV S. 56—82; Neumann-Hofer Depositengeschäfte und Depositenbanken (1894). — Krainz II, 2 § 357; Adler § 41. — Gruchot XV S. 835—840; Cohn S. 921—930. — Arndts § 286; Windscheid § 379.

A.

Begriff und Wesen des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages (depositum irregulare).[1]

§ 50.

1. Während dem regelmäßigen Verwahrungsvertrage wesentlich ist die Verpflichtung zur individuellen Zurückstellung und die Ausschließung jedes Gebrauches der anvertrauten Sache durch den Depositar, läßt sich bei Hinterlegung vertretbarer Sachen in beiden Richtungen eine Modification denken.[2] Vermöge dieser ihrer Natur werden vertretbare[3] Sachen — Geld, Wertpapiere, Getreide, Öl u. dgl.[4] — auch derart der „Obsorge" eines anderen überlassen, dass dieser lediglich zur Zurückstellung der gleichen

Das Verhältnis ist also ähnlich wie bei der classischen „depositio", vgl. oben N. 4.

[16] Vgl. z. B. §§ 4, 16, 17 der cit. Vdg. v. 21. Juni 1893.

[1] Über die Herkunft des — nicht classischen — Namens „dep. irregulare" s. Niemeyer S. 110 N. 21.

[2] Vgl. Keller Pand. § 310, Cohn S. 886.

[3] Die Vertretbarkeit, nicht die Verbrauchbarkeit (wie beim Darlehen, s. oben § 2 N. 14), gibt den Anlass zur Abzweigung des irregulären Verwahrungsvertrages — s. gegen Göschen Vorles. II, 2 S. 318 f. (auch Schmid Arch. f. d. civ. Prax. XXX S. 95 f.) Niemeyer S. 2, S. 105 —; geht doch der Zweck des Depositums zunächst überhaupt nicht auf einen Gebrauch des Empfängers. Ob aber ein gewisses Gebrauchsrecht des Verwahrers mit der causa der Hinterlegung zu vereinbaren ist, ist eine Frage, die nicht bloß bei Hinterlegung von vertretbaren Sachen auftaucht (s. unten N. 8). Mit der Fungibilität der deponierten Objecte hängt sie nur insofern zusammen, als dem Verwahrer, dem schlechthin (s. unten N. 6) nur Rückstellung der gleichen Quantität auferlegt ist, eben dadurch schon die volle Nutzung, aber auch die volle Gefahr der ihm übergebenen Stücke überlassen erscheint. Eine Übertreibung freilich ist es, wenn Mühlhäuser S. 27, 47 meint, das Gebrauchsrecht des Depositars sei „contractlich gar nicht beabsichtigt". Vgl. auch unten N. 6.

[4] In der folgenden Darstellung wird zunächst an die praktisch wichtigsten Fälle der „irregulären" Hinterlegung von Geld und Wertpa-

Zahl gleicher Gattung verpflichtet[5] und folgeweise berechtigt wird, über die ihm übergebenen Stücke nach Belieben zu verfügen.[6] Während er daher regelmäßig weder Besitz noch irgend ein Recht an der Sache erlangt, erwirbt der Verwahrer hier durch die Übergabe zur custodia das Eigenthum[7] der empfangenen species. Diese Art der Hinterlegung von Fungibilien ist als „unregelmäßiger Verwahrungsvertrag" („depositum irregulare") zu bezeichnen.[8]

---

pieren gedacht. — Vgl. übrigens noch unten § 55.

[5] Es sind Fungibilien „als solche" hingegeben, nicht aber, wie bei Darlehen (s. oben S. 60 f.) als „Capital" schlechthin, so daß lediglich ihr Wert (§ 510) zu restituieren wäre. Mit Unrecht faßt Keller l. c. S. 585 in dieser Weise auf L. 9 § 3 D. de dol. 4, 3.

[6] Vgl. oben N. 3. — Übrigens wird sich weiterhin zeigen, daß das Verfügungsrecht des Depositars einer Abstufung fähig ist. Es kann, wie im Texte vorausgesetzt, eine Summe vertretbarer Sachen lediglich gegen die Verpflichtung zur Zurückstellung der gleichen Summe anvertraut sein: dann ist dem Verwahrer die Nutzung dieser Summe für die Zeit bis zur Rückforderung überlassen, es ist ihm Credit gewährt. Es kann ihm aber auch (mit Rücksicht auf die Vertretbarkeit der hinterlegten Stücke) die Verpflichtung auferlegt werden, wenn nicht dieselben species, so doch die gleiche Anzahl nicht bloß seinerzeit zurückzustellen, sondern auch fortdauernd für den Hinterleger verwahrt zu halten: dann gehen die deponierten Stücke nicht schon durch die Hingabe ins Eigenthum des Verwahrers über, dann kann er den Wert der empfangenen Summe für sich nicht nutzbar machen, wenngleich er die einzelnen Stücke (gegen Substituierung anderer) sich aneignen darf, kurz, es ist ihm nicht „creditiert" (vgl. über diesen Begriff oben § 3 und § 6 N. 2). Insoweit sind die Bemerkungen bei Ofner, Grünhuts Ztschr. XVIII S. 368 richtig; wenn er aber hinzufügt, es sei „also nicht richtig, daß alle irregulären Geschäfte Creditgeschäfte sind", so fragt es sich vorerst, ob man in Fällen der letzterwähnten Art eben noch von einem „irregulären" Depositum sprechen will und soll (worüber unten S. 378).

[7] Dies die formelle Consequenz der schlichten Hinterlegung von Fungibilien als solchen (vgl. Niemeyer S. 107 f.; sehr gut kommt dies in der Formulierung des Züricher Gb. § 1143 zum Ausdrucke); die Definition des Geschäfts aber hat nicht, wie etwa bei Windscheid II § 379, von diesem formellen Momente auszugehen. Was zwischen den Parteien „ausgemacht" wird, ist nicht die Eigenthumsübertragung, sondern die Hinterlegung „in genere". Und darin liegt der Gegensatz zu Fällen, wie sie den Römern einst geläufig gewesen sein, aber auch heute noch vorkommen mögen, (vgl. Oertmann Fiducia S. 257 ff., Regelsberger in Endemann's Hdb. II S. 409), wo fiduciae causa eine nicht vertretbare Sache einem Vertrauensmanne ins Eigenthum übergeben wird, um sie bei ihm in Sicherheit zu bringen. Hier wird in der That Eigenthumsübergang „ausgemacht" und der damit in Widerspruch stehende eigentliche Geschäftszweck, die Übertragung bloß der custodia, kommt nicht zur Erscheinung — vgl. Göppert Ztschr. d. Sav. Stift. XIII S. 344 —, während dort aus dem vereinbarten Geschäftszweck der Eigenthumsübergang folgt.

[8] Wenn die ältere Theorie vielfach (s. nur Glück l. c. XV S. 151 f.: „Das dep. irreg. kann auf so mancherlei Art entstehen, als die naturalia depositi abgeändert werden können," auch Schmid l. c. S. 98 ff., dagegen schon Neustetel S. 23 f.) jedes in irgend einem Punkte von dem Normalfalle abweichende depositum ein „irreguläres" nannte, und so unter einander ganz verschiedene Dinge zusammenwarf, so hatte das natürlich gar keinen wissenschaftlichen

Das a. b. Gb. kennt diesen Namen nicht. Ob das mit demselben belegte Rechtsverhältnis als solches im österreichischen Privatrechte anerkannt ist, muss, bei dem gegenwärtigen Stande der Frage in Literatur und Praxis, im Folgenden ausführlich untersucht werden. Dabei handelt es sich vor allem

2. um die Abgrenzung des dep. irregulare gegen das Darlehen,[9] mit anderen Worten, um die Frage, ob nicht der oben charakterisierte Vorgang geradezu den Thatbestand eines Darlehensgeschäftes bildet und deshalb unter die Normen des Darlehens fällt. Ist diese Frage zu bejahen, dann gibt es in der That ein Rechtsinstitut des „irregulären Depositum" neben dem Darlehen nicht.[10] Und wirklich muss die Antwort so ausfallen, wenn man von formalen Begriffsbestimmungen ausgeht.[11] Ist „Darlehen" die Hingabe

---

Wert. Wie weit man nun den Begriff fassen will, darüber ist füglich nicht zu streiten; vgl. auch Bruckner Krit. Vrtljhrschr. XXXIV S. 62. Da man sich aber einmal daran gewöhnt hat, durch diesen Ausdruck einen wirtschaftlich wesentlichen Gegensatz zu bezeichnen, so scheint es doch nur zweckmäßig, die Grenze so zu ziehen (vgl. auch oben § 6 N. 2), dass die vermöge der Vertretbarkeit des Objects in das Geschäft gelegte Creditgewährung, d. i. die Überlassung der freien Verfügung über die hingegebene Summe bei Haftung schlechthin für die Rückgabe von tantundem, als das specifische Merkmal des „irregularen" gegenüber dem regulären Vertrage bezeichnet wird. Die heute herrschende Lehre — s. etwa Windscheid l. c., Dernburg Pr. R. II S. 647, Rivier in Holtzendorff's Rechtslex. h. v., Wendt § 247, Krainz S. 265, Mühlhäuser S. 28 f., Niemeyer S. 103 f. — geht von der im Texte gegebenen Begriffsbestimmung aus; doch lässt sie die oben N. 6 berührte Unterscheidung zumeist nicht klar genug hervortreten; vgl. noch unten S. 381.

[9] In Kürze war davon bereits oben § 6 die Rede. — Über dem Streite, ob Depositum oder Darlehen, wird in unserer Literatur die Abgrenzung des Depotgeschäftes nach anderen Richtungen (s. unten S. 366 f.) vernachlässigt.

[10] In neuerer Zeit haben sich principiell gegen die Scheidung des dep. irreg. vom Darlehen ausgesprochen Endemann Ztschr. f. H. R. IV S. 60 f., Koch Geld u. Wertpapiere in Bekker u. Fischer Beitr. IV S. 32 f., Neumann-Hofer S. 10 f. (obgleich er S. 12 den wirtschaftlichen Gegensatz betont!), und vor allen ist die ganze Schrift Niemeyer's diesem Zwecke gewidmet; die überwiegende Lehre hält den Begriff fest, s. nur Mühlhäuser § 9, Unger D. rev. Entw. S. 92 f., Dernburg Pr. R. S. 647 N. 16, Cohn S. 925 f., Bruckner l. c. S. 62 ff., Wendt § 247, Cosack Hdlsr. (2. Aufl.) S. 291, Reatz Gutachten S. 542 ff. — Für das österreichische Recht verwirft die Mehrzahl der Commentatoren (Zeiller, Nippel, Kirchstetter zu § 959, aber neuestens auch Adler S. 148), sowie die Spruchpraxis (Slg. 1608, 2894) auf Grund des § 959 das „irreguläre Depositum", ähnlich wie dies auf Grund Pr. L. R. I, 14 § 83 die preußische Theorie thut (Koch R. d. Fdg. III S. 476 f., Förster-Eccius II S. 335 f., Fischer S. 455, Dertmann Arch. f. d. civ. Prax. LXXIX S. 248, D. R. G. XI S. 319 ff.); dagegen anerkennen dessen Geltung Pfaff Geld als Mittel S. 39 N. 83, Krainz II, 1 S. 265 und die Herausgeber von Stubenrauch (6. Aufl.) II S. 152 N. 4. — Über den D. Entw. s. unten N. 17. — Auch die englisch-amerikanische Jurisprudenz hält die Grenze zwischen „loan and deposit" für „established": Newmark Bank deposits § 9.

[11] Gegen die Auffassung, welcher

einer „Quantität vertretbarer Sachen zum Eigenthum mit der Auflage, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben", und besteht die Abweichung des irregulären Depositums von dem regelmäßigen darin, dass „der Empfänger Eigenthümer" der „vertretbaren Sachen werden und nur verpflichtet sein soll, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben" — dann erscheint das sog. depositum irregulare offenbar identisch mit dem Darlehen, und seine Behandlung als selbständiges Institut als ein bloßes „figmentum doctorum".[12]

Allein, hier wie überall ist es nicht die juristische Formel, sondern die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Zwecke, welche im Leben die geschäftlichen Vorgänge charakterisiert,[13] und nach welcher erst die Rechtsfolgen sich sondern. Die Frage ist daher die: Bleibt bei dem Eingangs geschilderten Verhältnisse der Übergabe vertretbarer Sachen die causa die des Depositums — Übertragung der „Obsorge" (custodia) über die Sachen des Übergebers — trotz der Gestattung der Rückgabe von „tantundem statt idem", oder beherrscht infolge dieser Gestattung die darin gelegene Creditgewährung — die Darlehenscausa — das Verhältnis? Ist die Creditierung nur die zufällige Form des Anvertrauens fungibler Sachen zum Zwecke der custodia, oder ist sie, wie bei Darlehen, selbst der Zweck der Hingabe?[14] Wenn und so weit ersteres der Fall ist, gibt es ein „depositum irregulare", und der Gegensatz der causae wird in den Rechtsfolgen immer wieder zur Geltung kommen[15].

Alles nur als eine Frage der „logischen Berechtigung" erscheint, s. auch Riemeyer S. 3 (s. aber unten N. 15), Bruckner l. c. S. 56. Nach Mühlhäuser S. 7 wäre gar „Logik und — Symmetrie" das entscheidende!

[12] So hatte in der That z. B. Schaffrath Prakt. Abhandlungen Nr. 14 (1841) S. 98 gesagt: „Theoretisch (a priori) und logisch ist das dep. irreg. ein Verstandes-Unding."

[13] „Uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam" (L. 8 pr. D. mand. 17, 1). Allerdings darf dieser „objective Zweck", welcher Gegenstand des Consenses der Vertragschließenden ist (vgl. oben § 1 N. 29, § 3 N. 5) und dem Vertrage seinen Inhalt gibt (Ihering Geist d. röm. R. II S. 348), nicht verwechselt werden mit den subjectiven Motiven (so z. B. Storch Darlehensvertr. S. 48 f.) des einen und des andern Contrahenten, zu welchen namentlich auch die Vorstellung von dem Vortheile gehört, den er sich von dem Geschäfte verspricht. Auf dies „subjective Interesse" kann die Unterscheidung zwischen Darlehen und Depositum nicht abgestellt werden (s. unten § 51 N. 16); aber die Unterscheidung nach der causa in jenem ersten Sinne wird durch die Polemik bei Riemeyer S. 142 ff. gar nicht getroffen.

[14] Darüber, dass nicht jedes Creditgeschäft mit dem Darlehen identisch ist, s. oben § 3, vgl. jetzt auch Bruckner l. c. S. 65, S. 68.

[15] Deshalb ist m. E. die in erster Linie auf die Rechtsfolgen gerichtete Fragestellung, wie sie sich durch die ganze Schrift von Riemeyer (S. 2 f., S. 58, S. 137 ff.) zieht, verfehlt; ja, wenn sofort gefragt wird, ob Gesetz oder Gewohnheitsrecht für das sog. dep. irreg. vom Darlehen verschiedene Normen statuieren,

Einer besonderen Anerkennung des Verhältnisses aber im Gesetze — welches die causa depositi überhaupt sanctioniert hat — bedarf es dann nicht.[16] Es kann nur umgekehrt die Frage sein, ob das positive Recht nicht etwa ausdrücklich vorschreibt, jede Übergabe von Fungibilien in dem Sinne dessen, was hier als depositum irregulare bezeichnet ist, sei nach den Normen des Darlehensvertrages zu beurtheilen. Den Gegensatz der wirtschaftlichen Zwecke, wenn ein solcher im Leben existiert, vermöchte allerdings solch' ein Gesetz nicht wegzuschaffen;[17] aber formell wäre damit das „irreguläre Depositum" als besonderes Rechtsinstitut beseitigt. Demgemäß ist nun zunächst

a) § 959 a. b. Gb. ins Auge zu fassen; denn eine weit verbreitete Auffassung erblickt in diesem § eben eine derartige Vorschrift, welche für das österreichische Privatrecht die Anerkennung eines irre-

---

so enthält das eine petitio principii, indem dabei schon vorausgesetzt erscheint, dass der Thatbestand des Darlehens vorliege. Vgl. gegen Niemeyer die Bemerkung bei Goldschmidt Universalgesch. d. Handelsr. S. 91. In Wahrheit gilt es (wie gelegentlich Niemeyer selbst S. 109 zugibt), erst festzustellen, ob gewisse reale Geschäftsvorgänge unter den rechtlich normierten Typus des Darlehens oder des Depositums fallen. Die Gegensätze in den einzelnen Rechtssätzen, deren Hervorhebung für die praktische Anwendung gewiss von größtem Interesse ist (s. unten § 53), sind nur die nothwendige Folge der Subsumtion unter die verschiedenen Geschäftstypen; und für die Anerkennung dieses Gegensatzes kann auch nicht entscheidend sein, ob sich eine größere oder geringere Zahl von Abweichungen in den einzelnen Rechtssätzen nachweisen lassen wird. Mit Recht betont dies Bruckner l. c. S. 79; vgl. auch unten N. 17.

[16] Vgl. auch Dernburg Pr. R. II S. 647 N. 16. Es würde denn auch gegen die Existenz des dep. irreg. im Gebiete des römischen Rechts — auf welches hier nicht weiter einzugehen ist — nichts beweisen, wenn es auch richtig wäre (was aber doch wohl geleugnet werden muss, s. neuestens auch Schirmer Arch. f. d. civ. Prax. LXXVIII S. 34 ff.), dass die Quellen keinen Beleg für die Anerkennung des dep. irreg. enthalten (so Niemeyer § 9). Für die Römer mag ferner die Zulassung einer actio depositi in diesen Fällen von besonderem Vortheile gewesen sein, weil dadurch, im Gegensatze zum mutuum, die Klagbarkeit formloser Zinsabreden gewonnen war (vgl. Windscheid § 379 N. 5, Cohn S. 922); aber, dass es sich dabei doch nicht lediglich um einen Nothbehelf der juristischen Construction handelte, wie Niemeyer S. 77 f. das auffasst, das zeigt der aus Plautus bekannte Sprachgebrauch des täglichen Lebens, der gleichfalls solche Geschäfte als ein „deponere" bezeichnete (vgl. Voigt Über d. Bankiers d. Römer S. 43 N. 44, Dernburg Compens. S. 22 f.).

[17] Deshalb dürfte auch die Hoffnung vergeblich sein (Niemeyer S. VIII), dass infolge der Bestimmung des D. Entw. § 618 das dep. irreg. „aufhören werde Gegenstand der Discussion zu sein"; der Entwurf selbst sieht sich ja genöthigt, auf dem Wege der Berücksichtigung der „Absicht der Parteien" (D. Mot. II S. 576 f.), für dieses angebliche „Darlehen" die Beurtheilung nach Depositumsgrundsätzen zuzulassen. Vgl. die treffenden Bemerkungen bei Bruckner l. c. S. 77; merkwürdig, dass praktisch denkende Juristen, wie Bähr Gegenentw. § 564, Koch l. c. S. 32 f. (vorsichtiger Rocholl u. Niedner Vorschläge, zu § 618 in diesem Punkte nichts gegen den Entwurf einzuwenden haben. Wie bedenklich die Fassung des § 618 cit. in anderer Beziehung ist, s. noch unten S. 383 f.

gulären Verwahrungsvertrages verbietet. Welchen Standpunkt immer nun aber seine Verfasser in der Theorie vom depositum irregulare eingenommen haben mögen[18] — der Wortlaut des § 959 enthält kein solches Verbot:[19]

„Wird dem Verwahrer auf sein Verlangen, oder durch freiwilliges Anerbieten des Hinterlegers der Gebrauch gestattet; so hört im ersten Falle der Vertrag gleich nach der Verwilligung; im zweiten aber von dem Augenblicke, da das Anerbieten angenommen, oder von der hinterlegten Sache wirklich Gebrauch gemacht worden ist, auf, ein Verwahrungsvertrag zu sein; er wird bei verbrauchbaren Sachen in einen Darleihens-, bei unverbrauchbaren in einen Leihvertrag umgeändert, und es treten die damit verbundenen Rechte und Pflichten ein."

Da ist nicht gesagt, daß jede Hinterlegung vertretbarer Sachen, bei welcher Rückgabe bloß in genere, statt wie sonst in specie, be-

[18] In der älteren gemeinrechtlichen Theorie, auf deren Boden das a. b. Gb. erwachsen ist, treten, bei aller sonstigen Unklarheit der Lehre, drei verschiedene Fälle hervor, in denen, durch Einräumung einer Gebrauchsbefugnis an den Depositar, das Geschäft je nach der Verbrauchbarkeit oder Unverbrauchbarkeit des Objects sich dem Darlehen oder dem Commodat „nähert": am deutlichsten bei Glück XV S. 154 ff. Es können 1. Fungibilien „als solche" gegen die Verpflichtung zur Zurückzahlung von tantundem deponiert werden; oder es kann 2. bezüglich der schon deponierten Sachen nachträglich dem Depositar auf sein Begehr der Gebrauch bewilligt, oder endlich 3. ihm schon bei der Hinterlegung die eventuelle Benützung angeboten werden. Gerade die beiden letzten Fälle sind es, welche durchwegs als „depositum irregulare" bezeichnet wurden (s. Wiener Heineccius Erkl. d. Institut. § 810, Neustetel S. 8 ff., Glück l. c.), Fälle also, in denen bloß eine zeitliche Aufeinanderfolge von depositum und mutuum vorliegt, und nicht ein dep irreg. im Sinne der heutigen Doctrin (mit Ausnahme etwa von Brinz § 317 N. 13). Der 1. Fall aber wurde in manchen Darstellungen ganz übergangen (so bei Heineccius l. c.), während z. B. Glück l. c. ihn geradezu als echtes depositum bezeichnet. So haben denn auch ältere Codificationen jenen 1. Fall besonders herausgehoben, der Cod. Maxim. Bavar. IV. Th. 2 Cap. § 8 (unter Titel) in einer Weise, daß er, im Gegensatze zu den beiden anderen Fällen, dessen Subsumtion unter das depositum offen ließ (vgl. Kreittmayr Anmerkungen IV, 2 § VIII), der Cod. Ther III 6 Nr. 25 (vgl. Nr. 8–10) allerdings unter ausdrücklicher Verweisung desselben aus dem Gebiete des Verwahrungsvertrages. Ebenso scheint der Entw. Horten III, 6 § 3 und (minder deutlich) der Entw. Martini III, 4 § 30 sowie Wg. Gb. III § 131 noch allen 3 Fällen die Natur des depositum absprechen zu wollen. Die Textierung des § 959 a. b. Gb. aber (vgl. dazu Ofner II S. 59) gedenkt nun deutlich nur der beiden letzteren oben genannten Fälle (entsprechend dem Cod. Ther. l. c. Nr. 8–10) und läßt so der Rechtswissenschaft bezüglich des ersten Falles, des eigentlichen Gebietes des heute sog. dep. irreg., freie Hand. Dasselbe muß übrigens auch vom Pr. L. R. I §§ 82 ff. gesagt werden. Die §§ 82 und 83 entsprechen vollkommen unserem § 959 und berühren obigen 1. Fall gar nicht (das anerkennen selbst Förster-Eccius II § 139 N. 71, Koch l. c. III S. 476). Nur § 84 l. c. bezieht sich auf diesen Fall, aber bloß um zu sagen, daß er nicht zur Umgehung der Normen des Darlehens führen dürfe (vgl. Dernburg Pr. R. II S. 211 N. 16) — was natürlich auch für das österreichische Recht (§ 916) wahr ist; s. unten S. 372 N. 14.

[19] Wie § 618 D. Entw. (s. oben N. 17) oder §§ 1274 ff. sächs. Gb. (dazu Grützmann Lehrb. II S. 130 f.).

dungen ist, als Darlehen zu gelten habe. Vielmehr ist nur der Fall behandelt, wenn „dem Verwahrer ..... der Gebrauch gestattet wird". Selbst die ängstlichste Interpretation müsste daher die Fälle aus dem Gebiete des § 959 ausscheiden, wo die Vereinbarung nicht dahin lautet, dem Empfänger ein Gebrauchsrecht einzuräumen, sondern lediglich dahin, dass er wie jeder Verwahrer die ihm anvertraute Summe unter sorgfältiger Obhut zu halten habe, dass aber der Hinterleger, welcher kein Interesse gerade an den übergebenen Stücken besitzt, nur die Aufbewahrung und seinerzeitige Zurückstellung der gleichen Qualität und Quantität fordere (tantundem statt idem).[20] Mindestens ein „irreguläres Depositum" in diesem Sinne stünde gewiss mit § 959 nicht in Widerspruch.

Allein der Wortlaut des § 959 reicht nicht einmal bis an diese Grenze. Er trifft gar nicht die Frage, ob durch Übergabe von Sachen zum Zwecke der „Obsorge", aber unter Gebrauchsgestattung, ein Darlehen oder ein Verwahrungsvertrag begründet werde; er spricht vielmehr von einem bereits perfecten Verwahrungsvertrag, welcher durch eine hinzutretende Vereinbarung zwischen „Verwahrer" und „Hinterleger" in ein anderes Obligationsverhältnis „umgeändert" werden soll.[21] Er handelt nicht davon, ob ein bestimmtes Rechtsgeschäft nach der causa des Depositums oder des Darlehens zu beurtheilen sei, sondern davon, wie ein bestehendes Depositum durch „Verwechselung des Rechtsgrundes" (§ 1376) in ein Darlehen übergehe.[22] Und auch davon handelt er nicht etwa, um zu sagen, dass jede Gebrauchseinräumung an den Verwahrer kraft des Gesetzes diese „Umänderung" zur Folge habe; vielmehr setzt er, wie bei jeder Novation, voraus, dass sich die „Schuldverwandlung" als Zweck der Parteien, als „gewollt", ergibt[23], um für diesen Fall den Zeitpunkt

[20] Vgl. unten § 54. — Der Gegensatz zwischen diesem und dem Falle des § 959 tritt deutlich hervor bei Finger Veruntreuung v. Baarcautionen S. 36 ff.; vgl. auch Krainz II, 2 S. 266 N. 4.

[21] Beides ist scharf gesondert im Zürch. Gb. § 1142 und § 1143; dazu s. den Commentar von Bluntschli.

[22] Diesen Sinn des § 959 hat unter den Neueren zuerst Pfaff l. c. S. 39 N. 83 hervorgehoben; § 959 entspricht danach nur L. 9 § 9, L. 10 D. de R. C. 12, 1, L. 1 § 34 D. h. t. 16, 3. Dieselbe Auffassung findet sich dann bei Czyhlarz, Grünhuts Ztschr. VI S. 671 N. 36 a, Krainz S. 265 f., wohl auch Hruza Nov. S. 36 f. und Hasenöhrl II S. 523 N. 37.

[23] Sache der juristischen Untersuchung ist dabei allerdings nicht, wie sich die Parteien die einzelnen Rechtsfolgen ihrer Vereinbarung gedacht (so D. Mot. II S. 577), sondern, welchen ökonomischen Zweck sie verfolgt haben. In diesem Sinne wird unten (§ 51) zu prüfen sein, inwieweit bei Gebrauchsgestattung der Depositumszweck noch bestehen kann; bei dieser Gelegenheit wird auch (unten S. 360) zu zeigen sein, in welcher Weise speciell § 959 der Natur

ihres Eintrittes zu bestimmen[24] — eine gesetzliche Festsetzung von praktischer Bedeutung namentlich deshalb, weil damit auch der Moment des Überganges der Gefahr der empfangenen species auf den bisherigen „Verwahrer" außer Zweifel gestellt ist.[25]

Das vorläufige Resultat ist somit, daß § 959 der Anerkennung eines depositum irregulare neben dem Darlehen im Bereiche des a. b. Gb. nicht entgegensteht. Zur Unterstützung mag dabei auch darauf hingewiesen werden, daß die Legaldefinition des § 957 „verbrauchbare Sachen" als solche von der Übernahme zur „Obsorge" nicht ausschließt, wie das etwa § 971 bezüglich des Leihvertrages thut.[26] Es kann ferner erinnert werden, daß spätere Gesetze zweifellos eine „Verwahrung" von Fungibilien kennen, bei welcher nur tantundem nicht idem zu restituieren ist — z. B. bei gerichtlicher Deponierung von Geldern —,[27] als Beweis, daß die österreichische Gesetzgebung trotz § 959 a. b. Gb. in derartigen Fällen nicht überall Darlehensgrundsätze eintreten lassen will.

§ 51.

b) Ist demnach die Frage nach der Existenz des „depositum irregulare" nicht positivrechtlich abgeschnitten, so kommt nunmehr auch für das österreichische Recht alles auf die Prüfung der Geschäftszwecke an.[1]

Die causa des Verwahrungsvertrages ist die „Übernahme einer

der wirtschaftlichen Vorgänge entgegenkommt.

[24] Darauf scheint auch die Marg.-Rubr. des § 959 hinzuweisen: „wann er in einen Darleihens- oder Leihvertrag übergehe".

[25] A contrario ergibt § 959 den wichtigen Satz, daß die Gefahr nicht vor jenem Zeitpunkte der „Schuldverwandlung" auf den Depositar übergehe, wie nach Coll. X, 7 § 9 und Sächs. Gb. § 1276 (dazu Unger Der rev. Entw. S. 93); vgl. auch oben S. 82 N. 20.

[26] Vgl. oben S. 187, S. 192 N. 2.

[27] S. besonders die Vdg. v. 21. Febr. 1870 R. G. B. 17 über die „gemeinschaftliche Aufbewahrung von Depositenbarschaften". Es liegt hier ein öffentlichrechtliches (s. oben S. 348) Verhältnis vor, dessen privatrechtliches Ebenbild aber gewiß nicht das Darlehen, sondern das depositum (irregulare) bildet; s. Czyhlarz l. c. S. 671, Hasenöhrl II S. 495. Ähnliches gilt nach preußischem Rechte seit der Hinterlegungsordnung v. 14. März 1879 §§ 7—9, vgl. Dernburg Pr. R. II S. 252, Cohn Beitr. z. Erläutg. d. deutsch. R. XXXII S. 580 während andere (so Spieß, D. Hinterleg. u. vorläufige Verwahrung S. 64 f.), auch hier nur ein „darlehensähnliches Verhältnis" anerkennen wollen, s. auch Ortmann Arch. f. d. civ. Prax. LXXIX S. 248, D. R. G. XI S. 323. Ein „Depot" von „Geldern in laufende Rechnung" kennt auch die erste gesetzliche Begriffsbestimmung (dazu Funk Rechtl. Natur des Cheque S. 10 f.) des Checks in unserem Rechte: Fin. Min. Erl. v. 28. Febr. 1864 Z. 10680. — Über das unregelmäßige Depositum nach § 48 Lagerhaus-Ges. v. 28. Apr. 1889, R. G. B. 64, s. unten S. 392.

[1] Vgl. oben § 50 N. 11—15; auch Finger l. c. S. 33.

fremden Sache in seine Obsorge" (§ 957). Der Hinterleger vertraut seine Sache einem anderen an, weil sie bei diesem sicherer oder zweckmäßiger verwahrt wird, gleichwohl aber jederzeit zu seiner, des Hinterlegers Verfügung bereit liegt, als hätte er sie gar nicht aus der eigenen Detention gelassen.[2]

Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß dieser Geschäftszweck bei vertretbaren Sachen gerade so erreicht werden kann, wenn sich der Hinterleger nur der Zurückstellung in gleicher Zahl und Gattung versichert; hat er doch vermöge der Fungibilität der Sachen kein Interesse gerade an der Wiedererlangung der dem Verwahrer übergebenen Individuen.[3]

Damit freilich ist die Frage noch nicht erledigt. Das sog. depositum irregulare enthält nicht bloß diese Vertragsberedung, sondern in dieser inbegriffen, oder ihr ausdrücklich beigefügt, die Bestimmung der hingegebenen Fungibilien zum beliebigen Gebrauche des Empfängers, der demzufolge ihr Eigenthümer wird.[4] Kann bei solcher Vertragsabsicht noch die „Obsorge" über das fremde Gut in dem oben angegebenen Sinne als die entscheidende causa gelten, oder wird diese nicht verdrängt durch die Absicht des „utendum dare", d. i. die causa des Darlehensvertrages? Dies die entscheidende Frage, welche nur aus dem praktischen Leben heraus beantwortet werden kann.

Betrachtet man nun unbefangen ein derartiges Rechtsgeschäft als Einzelerscheinung des Privatverkehrs — A übergibt dem B 1000 fl. zur Aufbewahrung, jedoch mit der Erlaubnis, über dieselben beliebig zu verfügen, und der Verpflichtung, auf Verlangen des A die gleiche Summe zurückzuzahlen[5] — so kann es sich füglich nur so abspielen: Wenn, und solange, B wirklich jene 1000 fl. zur Verfügung des A bereit halten will, wird er das empfangene Geld beiseite legen und unberührt für den A verwahren; denn nur so kann er, der kein Geschäftsmann ist, sicher rechnen, wirklich jederzeit der etwaigen Rückforderung des A ohne Verzug entsprechen zu können.[6]

---

[2] Daher die dem Depositum charakteristische Norm des § 962; vgl. oben S. 317 und unten S. 373.

[3] Vgl. Vangerow III S. 416. S. auch § 53*) der „Bestimmungen über das Staatspapiergeschäft" der österr. Postsparcassen (unten § 55 N. 19): „Da die Nummern der nicht verlosbaren Staatspapiere für den Einleger ... von keiner Bedeutung sind," so garantirt die Postsparcasse nur „für Gattung, Stückzahl, Couponsausstand ..."

[4] Gerade darauf legen, im Hinblicke auf § 959, unsere Commentatoren das Schwergewicht, s. nur Zeiller III S. 192. Vgl. auch Huschke Darlehen S. 23 f.

[5] In dieser schematischen Form wird die Frage zumeist gestellt.

[6] Höchstens das wird er sich er-

Kurz, er wird das Verhältnis zunächst als depositum regulare auffassen. Kommt aber der Augenblick, wo B sich entschließt, von der Erlaubnis des Hinterlegers Gebrauch zu machen und jene 1000 fl. für eigene Zwecke zu verwenden, so hat er die Summe thatsächlich nicht mehr zur Verfügung des A bereit, sondern er baut nur auf seine Solvenz überhaupt, indem er das fremde Capital für sich nutzbar macht, mit anderen Worten, er betrachtet sich nicht mehr als Verwahrer, sondern als Darlehensschuldner. Bei derartigem vereinzelten Auftreten fließt also nicht etwa das Darlehen und das Depositum gleichsam zusammen in ein „depositum irregulare", sondern das eine löst das andere ab — bis der Verwahrer von den hinterlegten Sachen wirklich Gebrauch macht: depositum regulare; von da ab: Darlehen![7] Dies ist denn auch der geschäftliche Vorgang, für den die Regel des § 959 ganz am Platze ist; denn, wenn im bürgerlichen Verkehr des täglichen Lebens eine Einigung über die Gebrauchsbefugnis des Depositars bei einer Hinterlegung vorkommt, so kann sie dem Gesagten zufolge nur den Sinn haben, dass eine eventuelle „Umänderung" des Obligationsverhältnisses in ein Darlehen gewollt sei.[8] Und für dieses Gebiet des kleinen Verkehrs darf man denn auch, eben an der Hand des § 959, die Existenz eines „irregulären Depositums" in Abrede stellen. Aber den Schein allgemeiner Geltung gewinnt der Satz des § 959 nur dadurch, dass bei seiner Abfassung gerade nur an solche Einzelfälle gedacht war.

Ganz anders nämlich gestaltet sich die Sachlage, wenn ein Depositar von Vielen viele Depositen (berufsmäßig) mit der Befugnis der freien Verfügung über die empfangenen Stücke und der Verpflichtung zur jederzeitigen Zurückstellung in genere entgegennimmt.[9] Wenn, um für die Erörterung den einen Hauptfall des Geschäftsverkehrs als Beispiel zu wählen, der Bankier Gelder seiner Kunden in „Depot" nimmt,[10] so ist seine Aufgabe in erster Linie die eines jeden Depositars, dem Hinterleger die Sorge für die sichere

---

lauben, die Geldsorten gelegentlich umzuwechseln; vgl. unten S. 378.

[7] Es hat keinen systematischen Wert, diesen Vorgang als ganzen, so wie Brinz P. § 317 N. 13, Krit. Vierteljhrschr. XXV S. 190 im Sinne der älteren Schule (s. oben § 50 N. 18) will, mit dem Namen „dep. irreg." zu belegen; s. dagegen auch Windscheid § 379 N. 6, Huschke Darl. S. 58 f.

[8] Vgl. oben § 50 N. 23.

[9] Mühlhäuser S. 27, S. 46 f. hat diesen Unterschied gesehen, jedoch nicht gehörig verwertet. Vgl. auch Neumann-Hofer S. 26.

[10] Über andere Fälle s. unten § 52, bezüglich der Depots von Wertpapieren unten S. 379 ff.

Verwahrung abzunehmen. Er soll insbesondere die empfangene Summe — wenn auch nicht die empfangenen Stücke — jederzeit zur Disposition des Deponenten halten, als dessen frei verfügbare „Cassa".[11] Weil nun aber erfahrungsmäßig nicht alle Depositen aller seiner Kunden gleichzeitig zurückgefordert werden, so kann der Bankier allen thatsächlich zu gewärtigenden Ansprüchen seiner Deponenten mit voller Sicherheit genügen, wenn er nur einen gewissen Theil sämmtlicher bei ihm erlegten Summen (x% der Totalsumme seiner Geld-Depositen)[12] wirklich, zu augenblicklicher Rückzahlung bereit, in Barem aufbewahrt. Den Rest (100 — x% aller Depositen) kann er in seinen Unternehmungen nutzbringend verwenden, ohne deshalb sich einer Verantwortung oder seine Kunden einer Gefahr auszusetzen.[13] Sowie also einerseits jene „bankmäßige Deckung" dem Geschäftszwecke der „Cassahaltung" für die Deponenten genügt, so läßt sie anderseits dem Depositar die Möglichkeit, aus den hinterlegten Geldern in gewissem Umfange Nutzen zu ziehen. Hier, bei der Vereinigung zahlreicher Depositen, werden somit beide Zwecke verwirklicht; hier liegt in der That eine Übergabe zur „Obsorge" vor, deren Erfolg dadurch nicht vereitelt erscheint, daß dem Verwahrer der Gebrauch der empfangenen Gelder und die Rückerstattung in genere freigegeben ist, und eine Nutzungsbefugnis des Depositars,

---

[11] Vgl. unten N. 14.

[12] Vgl. Wagner Syst. d. deutsch. Zettelbankgesetzgebung S. 374, Knies Der Credit II S. 245 ff., Neumann-Hofer S. 22 ff., Cohn S. 923. Es handelt sich dabei um ein ähnliches Verhältnis, wie bei der Fundation der Banknoten, vgl. Wagner l. c. S. 380 ff., Straus, Unser Depositengeldersystem (1892) S. 7. Die zuletztgenannte interessante kleine Schrift giebt (s. bes. S. 11 f., S. 30 f.) Aufschlüsse über die Praxis der deutschen Banken bezüglich der Deckung ihrer Depositen, aber wohl auch über die Bedenklichkeit dieser Praxis. Wie groß jener zur bankmäßigen Deckung der Depositen zu haltende Barbestand zu sein hätte, und ob diesbezüglich eine gesetzliche Schranke gezogen werden solle (vgl. Wagner l. c. N. 755, Neumann-Hofer S. 72 ff.), ist hier nicht zu untersuchen. Die Statuten der österr. Nationalbank vom 27. Dec. 1862, R. G. B. f. 1863 Nr. 2, hatten im § 25 in dieser Richtung bestimmt, daß die Bank von den im Girogeschäfte eingelegten Beträgen nur die Hälfte „in ihren anderen Geschäften verwenden" dürfe. Seit dem Fin. Min. Erl. v. 30. Oct. 1868, R. G. B. 146, ist diese gesetzliche Fixirung fallen gelassen. — Die englischen Hauptbanken hielten nach den Angaben von R. Hildebrand, das Chequesystem, Jahrb. f. Nationalök. u. Statist. VIII S. 155, im Jahre 1864 nur ungefähr 11 % ihrer Depositen an barer Casse.

[13] Vgl. Straus c. l. S. 25: „Das gesunde Depositenwesen ist in dieser Beziehung etwa mit dem Versicherungswesen zu vergleichen." — Die Gefahr für die Deponenten liegt in den eigenen Speculationen des Bankiers; ob gegen diese eine Abhilfe auf formaljuristischem Wege gefunden werden kann, solange die wirtschaftliche Erkenntnis den Betheiligten fehlt, ist mit Fug bezweifelt worden, vgl. Halle, Wochenschr. f. Aktien- u. Bankwesen 1892 S. 320.

welche praktisch vereinbar ist mit der jederzeitigen Bereitschaft zur Zurückerstattung auf Verlangen des einzelnen Deponenten — kurz ein „depositum irregulare“ in dem oben bezeichneten Sinne.

Soll nun nochmals die alte Frage aufgeworfen werden, ob und wie denn dies irreguläre Depositum vom Darlehen zu unterscheiden sei, so ertheilt der vorstehende Gedankengang auch darauf schon die Antwort. Der wirtschaftliche Zweck des geschilderten Geschäftes, die causa, über welche die vertragschließenden Parteien consentiren, und welche das Rechtsverhältnis beherrscht, bleibt die Übernahme der „Obsorge“ über die hinterlegte Geldsumme — allerdings nicht, wie bei dem gewöhnlichen Verwahrungsvertrage, die einfache custodia über die empfangenen Stücke, sondern die „Cassahaltung“ für den Hinterleger, eine besondere Form also der Verwahrung von Geldern, welche den ökonomischen Vortheil bietet, dass die dem Depositar anvertraute „Cassa“ zwar dem Deponenten geradeso verfügbar bleibt, wie wenn sie in seiner Truhe läge, dennoch aber dem großen Verkehre nicht entzogen wird.[14] Darin liegt eine Erweiterung der „Obsorgepflicht“, aber es bleibt doch immer eine Art „Obsorge“ für das fremde Gut die causa des Geschäfts, nicht wie beim Darlehen die Nutzung des fremden Capitals.[15] In diesem objectiven Gegensatze — der Übergabe zum Zwecke der Obsorge (Cassahaltung) gegenüber dem „utendum dare“ — liegt der Unterschied zwischen depositum irregulare und Darlehen, nicht aber darin, dass dort das Interesse, der Vortheil des

[14] Dass es sich bei dieser Concentration der verfügbaren „Cassen“ in den Bankdepositen nicht etwa um ein System von Darlehensgeschäften handelt, sondern um eine eigenartige, für die Volkswirtschaft höchst bedeutungsvolle Entwicklung eben des Depositenwesens, tritt vielleicht in keiner Darstellung so lebendig hervor, wie in der „populären“ Schrift des Engländers Bagehot über „Lombard-Street“. Vgl. ferner noch über die ökonomische Function der Geldepositen Knies Der Credit II S. 234 ff. und (minder treffend) Hübner Die Banken I S. 58 ff., Hildebrand l. c. S. 134 ff., Rota, Principii di scienza bancaria (3. Ed.) p. 48 s., Ch. Gide, Principes d'économie politique (3. Ed.) p. 305 s.; Bubenik Technik des Giro-Verkehrs d. österr. ung. Bank S. 24 f., s. auch Goldschmidt Universalgesch. d. Handelsr. S. 319: „Die Cassenführung für Bankkunden bildete das Grundgeschäft“ (des Bankverkehrs), „daher die große Bedeutung des irregulären, häufig verzinslichen, aber doch principiell zu jederzeitiger Verfügung des Bankkunden stehenden Depositums“. Im schneidenden Gegensatze hiezu stehen die Ausführungen von Riemeyer S. 153 ff., welche in der Behauptung gipfeln, „dass der Bankverkehr nicht als dasjenige Feld betrachtet werden kann, auf welchem das dep. irreg. reale Bedeutung hat“; vgl. dagegen auch die Recension von Bruckner l. c. S. 80, und schon Koch R. d. Fdg. III S. 477 N. 5a.

[15] Vgl. oben S. 56.

Gebers, hier des Empfängers die Grundlage des Vertrages bildet,[16] oder daſs dort der Anstoß vom Übergeber, hier vom Übernehmer ausgeht.[17] Das Geſchäftsintereſſe liegt hier, wie bei jedem Vertrage, auf beiden Seiten.[18] Auch der Bankier hat gewiſs das größte Intereſſe daran, Depoſiten zu erhalten, er baut geradezu ſeine wirtſchaftliche Exiſtenz darauf; aber ſein Geſchäftsintereſſe, ſein Vortheil beruht eben darin, daſs er ſich erbietet, jene „Obſorge" über die verfügbare Caſſa von Kunden zu übernehmen, alſo zu dem Abſchluſſe von Geſchäften, deren causa die „Obſorge" iſt, von (irregulären) Depoſitenverträgen.

Mag es nun auch im einzelnen Falle mitunter zweifelhaft ſcheinen, welcher Zweck einem Vertrage zu Grunde liegt,[19] den wirtſchaftlichen Gegenſatz zwiſchen Depoſitum und Darlehen verſteht das praktiſche Leben ſehr gut. Niemand, der frei iſt von juriſtiſchen Vorurtheilen, wird ſagen, er habe ſein Geld der oder jener Bank „geliehen", jeder nur, er habe es bei der Bank „deponiert".[20] Und auch der Juriſt käme mancher geſetzlichen Beſtimmung gegenüber ins Gedränge, wollte er mit der Theorie Ernſt machen, daſs jedes irreguläre Depoſitum in Wahrheit ein Darlehen ſei. Man verſuche es nur, dieſen Gedanken in die Begriffsbeſtimmung des Bankgeſchäftes einzuführen, ſo

---

[16] So bezeichnet es Cohn S. 926 als herrſchende Meinung, daſs das Geſchäft, „nur wenn es dem Intereſſe des Geldgebers ausſchließlich dienen ſoll", als irreguläres Depoſitum, wenn es aber „dem Intereſſe des Geldnehmers oder auch gleichmäßig den Intereſſen beider Contrahenten dienen ſoll," als Darlehen aufzufaſſen ſei; ſ. ferner Windſcheid § 379 N. 4, Rivier in Holtzendorff's Rechtslexicon h. v., Mühlhäuſer S. 5, Ihering Zweck I S. 171. Schmid l. c. S. 89, Pfaff l. c. S. 39 N. 83, Krainz S. 266 N. 4, Schneider-Fick, Schweiz. Obl. R. Art. 484, Reatz l. c. S. 540 f. S. 544, auch Newmark l. c. § 10, Neumann-Hofer S. 11 f., Hübner l. c. S. 58, D. R. G. I S 207. Gegen dieſe Formulierung des Gegenſatzes wenden ſich mit Grund Riemeyer S. 144 f, R. Koch Geld u. Wertpap. S. 33, aber daſs deshalb die „wirtſchaftliche Intention ein ebenſo unſicheres Merkmal ſei, als die gebrauchten Ausdrücke," iſt damit doch wohl nicht dargethan.

[17] Dieſe Wendung findet ſich namentlich bei Endemann Ztſchr. f. Handelsr. IV. S. 63, Brinz II § 317 (auch Unger D. rev. Entw. S 93); vgl. gegen dieſe Cohn S. 926, Mühlhäuſer S. 55.

[18] Vgl. oben § 6 N. 8, § 3 N. 5. Es läſst ſich in der That ſagen, bei dem unregelmäßigen Depoſitum bilde die dem Depoſitar gewährte Nutzung ein Entgelt für die von ihm zu leiſtende Obſorge.

[19] Vgl. z. B. den Fall bei Adler-Clemens Entſch. z. H. G. B. Nr. 878. Auch das ſoll nicht beſtritten werden, daſs mitunter aus verſchiedenen Rückſichten Geſchäfte, die „der inneren Abſicht der Parteien nach reine Darlehensgeſchäfte" wären, nur in die Form des Depoſitums gekleidet werden; vgl. Bruckner l. c. S. 78, Thöl Handelsr. I S. 105.

[20] Dabei handelt es ſich nicht einfach um einen „unjuriſtiſchen Sprachgebrauch", wie Riemeyer S. 156 f. meint, ſondern um den natürlichen Ausdruck der wirtſchaftlichen Auffaſſung des Lebens.

gelangt man zu dem Satze:[21] Bankier ist, wer gewerbemäßig — Darlehen aufnimmt! Oder man erinnere sich an die Bestimmung des Art. 47 H. G. B., wonach der Handlungsbevollmächtigte zu allen mit dem Betriebe eines derartigen Handelsgewerbes verbundenen Geschäften, nicht aber zur Aufnahme von Darlehen legitimiert ist — der Generalbevollmächtigte eines Bankiers dürfte dann keine Bankdepositen annehmen, und doch ist das das Hauptgeschäft gerade dieses Gewerbebetriebes![22]

Daſs die vorstehende Charakterisierung des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages gegenüber dem Darlehen zutrifft, zeigt sich schließlich gerade an dem Punkte, von welchem zumeist behauptet wird, daſs da der Gegensatz zwischen beiden zerfließe. Es ist das das irreguläre Depositum mit Zinsenversprechen des Depositars. Man meint wohl, hier verpflichte sich der sogenannte Verwahrer zur Entrichtung eines Entgelts für die ihm überlassene Capitalsnutzung, Beweis genug dafür, daſs diese Capitalsnutzung die entscheidende causa des Geschäfts bilde, daſs man es in Wahrheit also mit Darlehen, nicht mit Depositum zu thun habe.[23] Allein bei Lichte besehen sind die „Depotzinsen" gar nicht ein Preis für gewährten Credit;[24] wirtschaftlich, nicht minder als historisch,[25] haben sie eine ganz andere

---

21 Von altersher wird gerade das Depositengeschäft als das charakteristische „Bankierschäft" betrachtet (s. Cohn S. 887); der Betrieb dieses Geschäfts kann daher genügen, um den Betreffenden zum Bankier im Sinne des H. G. B. Art. 272 Z. 2 zu stempeln, vgl. Thöl l. c. § 28 N. 2, Cosack Lehrb. d. H. R. S. 197.

22 Vgl. dazu oben § 6 N. 11. — Und beweist nicht auch die heute so lebhafte Erörterung legislatorischer Maßregeln bezüglich des Depositengeschäfts (s. unten § 54 N. 14), daſs es sich da um Verhältnisse handelt, die durch die Darlehensnormen nicht gedeckt sind?

23 So z. B. neuestens Wendt S. 598.

24 Auch Endemann l. c. S. 64 charakterisiert die Depositenzinsen im Gegensatze zu Darlehenszinsen ungenügend als „purès Mietgeld ohne Gefahrprämie"; in diesem Punkt befriedigt auch die Charakterisierung bei Neumann-Hofer S. 8 f., S. 73 nicht. Noch weniger aber trifft den Kern der Sache die Bemerkung bei Riemeyer S. 152, der Bankier mache die fremden Capitalien „seinen Zwecken dienstbar, wogegen der Einleger sich mit einem geringen Zinsgewinn begnügen muſs, den er durch Verzicht auf Realsicherheit theuer genug erkauft".

25 Wie bei den Griechen (vgl. Hermann, Griech. Privatalterthümer, 3. Aufl., S. 454), so lag auch bei den Römern (vgl. J. Merkel in Conrad und Lexis' Handwörterb. d. Staatswissensch. II S. 40 ff. und besonders Voigt, Die Bankiers der Römer § 1) die Bedeutung der argentaria zunächst darin, daſs die Bankiers die Cassierer ihrer Kunden wurden, deren ganzen Geldverkehr sie besorgten (vgl. Dernburg Compens. S. 23, Kuntze Curs. § 671). Erst allmählich schloſs sich daran das Begehren und die rechtliche Anerkennung einer Verzinsung; nicht als ob die Clienten des argentarius jetzt einen Preis für den diesem gewährten Credit verlangt hätten, sondern in dem Sinne einer Erweiterung der vom Bankier übernommenen Obsorge; s. nur die Stilisierung des Zinsenversprechens noch in L. 28 D. h. t.: „XXV nummorum.

Herkunft. Der ökonomische Zweck der Hinterlegung von Geld bei dem Bankier ist zunächst die „Obsorge" über die verfügbare „Cassa" des Deponenten. Der Vortheil dieser Art der „Cassahaltung" besteht aber, wie gezeigt worden ist, vor allem darin, dass der Cassenbestand, welcher bei dem einzelnen als todtes Capital liegen müßte, bei dem Bankier vermöge der Concentration der Bestände zahlreicher Clienten nutzbar gemacht werden kann. In dem „verzinslichen Depositum" übernimmt nun der Bankier die weitere „Obsorge", die bei ihm erlegten Gelder — so weit dies mit dem Zwecke des Erlages, eine jederzeit verfügbare Casse für den Deponenten zu bilden, vereinbar ist — für den Deponenten nutzbringend zu verwerten, zu „fructificieren", und er garantiert seinen Kunden im Vertrage eine bestimmte Höhe dieses Ertrages in Gestalt der zugesicherten „Depotzinsen".[26] Die Höhe dieser Verzinsung bemisst er vor allem danach, welche Quote der bei ihm hinterlegten Gelder mit Rücksicht auf die den Geschäftsverhältnissen entsprechende, nothwendig unbenützt zu lassende, „bankmäßige Deckung" für sämmtliche Depositen ihm überhaupt zu geschäftlichen Unternehmungen zu Gebote steht; schon daraus ergibt sich stets die dem irregulären Depositum charakteristische geringere Verzinsung im Vergleiche mit der normalen Höhe des Capitalzinses.[27] Als fernere Abzugsposten berechnet

quos apud me esse voluisti .... quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebo" (Voigtl. c. S. 13 scheint allerdings diesen Fall vom dep. irreg. zu scheiden — ohne ersichtlichen Grund). Und von den Deponenten sagte man nun: „pecunias .... cum nummulariis vel per ipsos exercebant" (L. 7 § 2 D. h. t., dazu Schlossmann Grünhuts Ztschr. IX S. 541 N. 59, Lenel Ztschr. d. Sav.-Stift. XIII S. 403; vgl. auch die Unterscheidung in L. 10 § 3 D. mand. 17, 1). — Ebenso schreitet die Entwicklung des Bankwesens im Mittelalter vor. Der Kunde, der sein Capital nutzbar machen wollte, und der das früher nur als Commanditist eines Bankiers erreichen konnte, wobei er an den Speculationen des letzteren auf eigene Gefahr Antheil hatte (vgl. Silberschmidt, Die Commenda S. 16, S. 91 f), fand in dem verzinslichen „depositum irregulare", welches aus der „commenda" herauswuchs (Goldschmidt Universalgesch. S. 255, S. 267, Grünhut in seiner Ztschr. III S. 483), die vortheilhaftere Form der Anlage, die ihm geringeren Zins, aber ohne die Gefahr für das Capital selbst, sicherte (vgl. Silberschmidt l. c. S. 131).

[26] Vgl. die vorige Note, auch Reatz Lehr. v. Erfüllungsort S. 116, und dazu L. 6 § 6 D. mand. 17, 1, wo von einem Mandat die Rede ist: „pecuniam faenerare periculo suo" (procuratoris). Der Bankier ist nicht so sehr der Creditsuchende als derjenige, welcher zwischen den Creditsuchenden und den Capitalisten vermittelt; vgl. Knies l. c. S. 234 ff., Neumann-Hofer S. 35. Was Ofner Grünhuts Ztschr. XVIII S. 369 an die Stelle der (bereits oben § 6 angedeuteten) Auffassung des Textes setzen will — das unregelmäßige Depositum unterscheide sich vom Darlehen vielmehr dadurch, „bei letzterem die Benützung in der Absicht, bei ersterem nur im Bewusstsein des Gebers enthalten" sei — ist doch wohl allzu subtil.

[27] Vgl. D. R. G. I S. 208. Selbstverständlich ist dies Kriterium des nie-

überdies der Bankier ein Entgelt für seine Mühewaltung bei der Verwahrung des Depots und der „Cassaführung" für den Kunden.[28] Endlich wird er die Depotzinsen verschieden bemessen, je nachdem er sich in Bezug auf die Nutzbarmachung der bei ihm eingelegten Gelder größeren oder geringeren Betriebsfleiß, oder auch größeres oder geringeres Risico in seinen Unternehmungen zumuthet.[29] Daher zeigt denn auch der Geschäftsbetrieb der verschiedenen Banken und Bankiers eine ganze Stufenleiter, von relativ hohen Depotzinsen höchst „unternehmender" Bankhäuser absteigend bis zu den Gelddepositen der großen Banken,[30] welche grundsätzlich gar keine Zinsen bezahlen. Daß es sich da überall nur um Spielarten derselben Gattung von Geschäften handelt, lehrt gerade der allmähliche Übergang vom verzinslichen zum nicht verzinslichen Erlage. Diese eine Gattung aber kann nicht das Darlehen sein; denn ein unentgeltliches Darlehen wäre gegen die Natur des Handelsverkehres.

Auch bei dem „verzinslichen Depositum", sowie bei dem irregulären Depositum überhaupt, handelt es sich also wieder nur um eine Erweiterung der übernommenen „Obsorge". Und gerade hier zeigt sich, daß diese Abweichung vom regelmäßigen Depositum sich im Grunde gar nicht in der Richtung gegen den Dahrlehensvertrag bewegt, sondern in der Richtung des Mandats.[31] Vom Standpunkte des a. b. Gb. darf aber, wie an anderer Stelle bereits betont ist, die Abgrenzung des § 960 nicht so aufgefaßt werden, daß jedes

drigen Zinsfußes (vgl. oben S. 57 N. 10) ein bloß relatives. Eben wenn es wahr ist, daß der Deponent sein Capital gleichsam mit dem des Bankiers arbeiten lassen will (s. oben N. 25), begreift es sich, daß in Zeiten lebhafter Speculation der Bankier seinem Kunden wohl auch eine ungewöhnlich hohe Fructificierung garantiert, ohne daß daraus auf das Vorliegen eines Darlehens geschlossen werden dürfte. So lag der, in der Zeit vor der Krisis des Jahres 1873 spielende, Fall bei Adler-Clemens l. c. Nr. 878, wo der oberste Gerichtshof mit Recht (wenn auch mit bedenklicher Motivierung) trotz der zugesagten 7%igen Verzinsung kein Darlehen annahm.

[28] Vgl. Rota l. c. p. 55; dazu unten N. 30 a. E.

[29] Auch die bedungene Kündigungsfrist (3, 5, 8 Tage) beeinflußt den Zinsfuß; vgl. Cohn S. 922, Hübner l. c. S. 59 f. Über andere Momente s. die bei Rota l. c. p. 54 angeführte Äußerung des englischen Bankdirectors Crump.

[30] Die Banken von England und Frankreich (s. Hübner l. c. S. 61) nehmen keine verzinslichen Depositen an, ebenso die österreich.-ungar. Bank (welche überhaupt nur im Giroverkehr dazu befugt wäre, s. Art. 75 u. 76 der Statuten, Ges. v. 27. Juni 1878 R. G. B. 66, P. 15 der „Bestimmungen f. d. Giroverkehr" von 1887) und die deutsche Reichsbank (Koch Ztschr. f. Handelsr. XXIII, Beilageheft S. 232). In der Festsetzung eines von dem Conto-Inhaber ständig unverwendet zu belassenden Guthabens finden diese Banken vielmehr ein Entgelt für ihre „Mühewaltung", vgl. P. 16 der cit. „Bestimmungen", dazu Bubenik Technik d. Giro-Verkehrs d. öst.-ung. Bank (1888) S. 27 f., S. 109 ff.

[31] Vgl. oben N. 25.

Hinzutreten einer weiteren Besorgung zu der „custodia“ engsten Sinnes schon die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses als Depositum, d. i. nach seinem immer noch im Vordergrunde stehenden Zwecke, dem der „Obsorge“ über „fremde Sachen“, verböte.[32]

Das Ergebnis dieser Ausführungen läßt sich demnach dahin zusammenfassen: Die Hinterlegung von vertretbaren Sachen mit Gestattung ihres Gebrauches durch den Depositar kann als einzelnes Geschäft zwischen Privaten nur einen regulären Verwahrungsvertrag mit eventuellem Übergang in ein Darlehen nach § 959 darstellen;[33] aber bei bankmäßiger Deponierung von Geldern — oder in ähnlichen Verhältnissen[34] — ist auch nach österreichischem Rechte ein „depositum irregulare“ anzuerkennen.

§. 52.

3. Wann liegt nun im concreten Falle in der Übergabe von Fungibilien ein depositum irregulare — im Gegensatze einerseits zum Darlehen, anderseits zur regelmäßigen Hinterlegung?

a) Daſs von einem „irregulären Depositum“ als Einzelgeschäft nicht die Rede sein kann, ist soeben ausgeführt. Nur dort, wo der Empfänger berufsmäßig von Vielen Sachen der gleichen Gattung übernimmt, ist es überhaupt möglich, mit der Obsorge für die stete Bereithaltung der übernommenen Güter zugleich eine gewisse Nutzung derselben durch den Empfänger zu vereinigen, nur dort kann also ein depositum irregulare in dem dargelegten Sinne gewollt sein. Dies trifft, wie gezeigt wurde, vor allem zu für die bei Banken oder Bankiers deponierten Gelder,[1] es trifft ebenso zu für die Effectendepots bei Banken oder Bankiers, sofern es sich um fungible, also insbesondere nicht verlosbare, Wertpapiere handelt.[2]

Dieselbe Natur haben aber auch die Einlagen in den Sparcassen. Ihrem ganzen Wesen nach gleicht die Spareinlage dem bankmäßigen depositum irregulare,[3] wie es oben geschildert ist, und

[32] Vgl. oben S. 291; auch Newmark l. c. § 7.

[33] Oder allenfalls ein nur durch eine gewisse Umtauschbefugnis modificiertes (sonst) reguläres depositum, vgl. dazu unten S. 378.

[34] Vgl. unten § 52, speciell über Depots von Wer.papieren unten § 54 und S. 393.

[1] Insbesondere für zu Zwecken des Giro- und Checkverkehrs gemachte Einlagen; vgl. darüber unten § 53 N. 30.

[2] Über die Effectendepots s. noch unten N. 11 und S. 379 ff.

[3] So Goldschmidt System (2. Aufl.) S. 157, Cohn S. 921, 923, Cosack Handelsr. S. 200, Neumann-Hofer S. 15 f., Newmark l. c. p. 134; vgl. auch Bruckner Krit. Vrtljhrschr.

nicht dem Darlehen. Allerdings ist der Grundgedanke dieses Instituts in erster Linie nicht, wie bei den Gelddepositen der Banken, die „Cassahaltung" für die Kunden, sondern das Sammeln der kleinen Capitalien, die vereinzelt nicht nutzbar gemacht werden können, zu einem ertragsfähigen Ganzen.[4] Aber eben darin zeigt sich, dass der einzelne Einleger nicht etwa sein Geld in einem Darlehen an die Sparcasse anlegt, sondern es dieser anvertraut, damit sie ihm die Nutzbarmachung seines Capitals besorge;[5] auch hier also ist eine „Obsorge", nicht schlechthin die Creditgewährung, causa des Geschäfts Eine Bekräftigung dieser Anschauung liegt darin, dass gesetzliche Bestimmungen (Regulative) den Sparcassen vorschreiben, wie sie die gesammelten Einlagen in Activoperationen verwerten dürfen;[6] einem Darlehensschuldner gibt nie ein Gesetz derartige Weisungen.[7]

b) Wo nun, dem Gesagten zufolge, die wirtschaftliche Möglichkeit eines irregulären Verwahrungsvertrages besteht,[8] bleibt im

---

XXXIV S. 79; zumeist aber wird die Spareinlage als Darlehen bezeichnet, so bei Löning in Schönbergs Handb. d. polit. Ökonom. (2. Aufl.) III S. 900, Dernburg Compens. S. 515 N. 2, Neuda G. H. 1858 Nr. 47, dem Stubenrauch II S. 174 N. 3 folgt, ferner in der Entscheidung des D. R. G. I S. 207. Allein gerade die eingehende Darstellung der Entwicklung des Institutes bei Löning l. c. zeigt deutlich die im Texte angegebene, von der des Darlehens wesentlich verschiedene, causa des Geschäfts.

[4] Auch bei dem gewöhnlichen Bankdepositum — vgl. oben S. 365 — spielt natürlich dieser Zweck mit, wenngleich er nicht so in den Vordergrund tritt, wie bei dem Sparvertrage. Wie leicht sich übrigens infolgedessen der Übergang von dem Wirkungskreise der Sparcasse zu dem Bankiergeschäfte vollzieht, zeigt unter anderem die Entwicklung der österreichischen Postsparcassen.

[5] Vgl. Newmark l. c. p. 133, wo die „saving bank" definiert wird als ein Institut „formed for the purpose of receiving deposits of money for the benefit of the persons depositing, to accumulate the produce at compound interest, and return any part to the depositors". Auch das Regulativ für die österreichischen Sparcassen (Hfdcr. v. 26. Sept. 1844 J. G. S. Nr. 832) bezeichnet im § 1 (vgl. auch § 7 ibid.) als den Zweck der Sparcasse die „sichere Aufbewahrung und Verzinsung und allmähliche Vermehrung der kleinen Ersparnisse" Gerade umgekehrt meint Neuda l. c., man sollte nicht von „Einlagen", sondern von „Anlage" in der Sparcasse reden. Besser, wenngleich juristisch nicht streng zu nehmen, nennt Hohler Ztschr. f. öst. Rechtsgelehrs. 1828 II S. 99 die Sparcasse den „gemeinschaftlichen Geschäftsführer der allgemeinen Sparsamkeit".

[6] Vgl. §§ 19 f., 29 des oben (N. 5) citierten Regulativs; Löning l. c. S. 903.

[7] Vgl. das unten S. 370 f. über die Diligenzpflicht des Depositars gesagte.

[8] Die öffentlichen Lagerhäuser können ein depositum irregulare im Sinne des Textes niemals übernehmen, weil ihnen jede Speculation mit Lagergut gesetzlich verwehrt ist (§ 12 Ges. v. 28. Apr. 1889, R. G. B. 64); über andere Abweichungen des Lagerhausgeschäfts vom gewöhnlichen Depositum s. unten S. 392. — Dass bei gerichtlichen Depositen zwar kein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag (s. oben § 49), wohl aber ein dem depositum irregulare verwandtes Verhältnis vorkommen kann, ist bereits gelegentlich (oben § 50 N. 27) bemerkt worden; vgl. Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. VI S. 671.

einzelnen Falle immer noch die Auslegungsfrage, ob die Hinterlegung von Fungibilien thatsächlich als depositum irregulare oder regulare[9] gemeint sei. In thesi läßt sich wohl nur so viel sagen. Wenn — bei einem Bankier, einer Sparcasse — Geld unverschlossen hinterlegt wird, so ist im Zweifel das Depositum als irreguläres anzusehen;[10] nicht so aber bei Hinterlegung anderer vertretbarer Objecte, insbesondere vertretbarer Wertpapiere.[11] Bei letzteren muss im Zweifel davon ausgegangen werden, dass der Erleger das Eigenthum seiner Stücke nicht aufgeben, also ein reguläres Depositum wollte. Zu einer Generalisierung des römischen Satzes der L. 31 D. locati 19, 2[12] fehlt es im Gebiete der österreichischen Gesetzgebung an jedem Anhalt.

c) Wo endlich das irreguläre Depositum vermöge der wirtschaftlichen Lage ausgeschlossen ist — im Privatverkehre zwischen A und B — kann nur noch die Frage sein, ob die übergebenen Fungibilien schlechthin regulär aufzubewahren sind, oder deren eventuelle Behandlung als Darlehensvaluta gestattet erscheint, so dass der in § 959 erwähnte Fall der bedingten „Verwandlung" des depositum (regulare) in ein Darlehen[13] vorliegt. Es kann dies, auch wenn Geld unverschlossen hinterlegt wird, im Zweifel nicht angenommen werden; handelt es sich doch hier nicht um eine bloße Modalität des Vertrages (des Depositums), sondern um eine in Aussicht stehende Schuldverwandlung, zu welcher stets eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung der Subjecte der Obligation nothwendig ist.[14] Aus der oben berufenen römischrechtlichen Norm darf deshalb für diesen Fall

---

[9] Abgesehen davon, dass allerdings auch von vornherein ein Darlehen bezweckt sein kann; auf gewisse hiefür wichtige Kriterien ist bereits oben S. 57 hingewiesen; vgl. auch unten § 53 N. 21, Cohn S. 925.

[10] Dieser Satz des gemeinen Rechts (vgl. Windscheid § 379 N. 1, Cohn S. 895 N. 63) ist als eine Interpretationsregel für die Hinterlegung baren Geldes auch heute wahr, und wird auch für das österreichische Recht anerkannt, Pfaff Geld als Mittel S. 36, Krainz S. 265, Finger l. c. S. 28 ff. Zu weit aber geht letzterer Schriftsteller, wenn er meint, diese Consequenz aus der Natur des Geldes könne auch „durch eine einfache Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden".

[11] Sei es auch ohne „Nummernaufgabe"; vgl. Dernburg P. II § 93 N. 4. Welche Bedeutung gleichwohl der Unterlassung dieser Nummernaufgabe bei Effectendepots zukommt, darüber s. unten S. 379 f.

[12] Gegen die zu weitgehenden Folgerungen aus dieser Gesetzesstelle auch im gemeinen Rechte s. Niemeyer S. 6 ff., auch Bruckner, krit. Vrtljhrschr. XXXIV S. 59 ff.

[13] S. oben S. 360.

[14] In diesem Sinne bedarf es gewiss auch zur „Verwechselung des Rechtsgrundes" durch „Schuldverwandlung" stets des Nachweises des „animus novandi"; vgl. Unger Grünhuts Ztschr. XV S. 559 N. 13.

noch weniger eine Folgerung gezogen werden, als für die Frage, ob ein wirkliches depositum irregulare vorliegt.

§ 53.

B.

Die einzelnen Rechtssätze.

Wenngleich es für den im wirtschaftlichen Wesen der Verhältnisse begründeten Gegensatz zwischen dem depositum irregulare und dem Darlehen auf die Zahl der Unterschiede beider in ihren Rechtsfolgen nicht ankommt,[1] so ist doch zu zeigen, wie sich jener innere Gegensatz auch in den anzuwendenden Rechtsnormen praktisch bewährt. Es gelten aber für den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag in dem vorstehend entwickelten Sinne[2] seiner Natur nach einestheils gewisse Rechtssätze, welche ihn eben gegenüber dem Normalfalle des Depositums zum „irregulären" stempeln und ihn einigermaßen dem Darlehen annähern, anderseits Sätze, welche er, im Gegensatze zum Darlehen, mit dem regelmäßigen Depositum gemein hat.

1. Abweichend vom regulären Verwahrungsvertrage:

Durch das irreguläre Depositum wird der Verwahrer Eigenthümer der ihm anvertrauten Stücke. Der Deponent begibt sich seines Vindicationsrechts und wird lediglich Gläubiger des Depositars für die gegebene Stückzahl. Seine Sicherheit ruht nur in dem Credit des Depositars.[3] Vor allem also im Concurse des Letzteren muss der Hinterleger sich mit der Stellung eines gewöhnlichen Concursgläubigers begnügen; er kann nicht, wie bei dem depositum regulare, sein Depot als Separatist aus der Masse ziehen.[4]

Der Verwahrer, der lediglich für Rückleistung von tantundem haftet, hat, so wenig wie der Darlehensschuldner, eine Diligenzpflicht bezüglich der empfangenen Stücke. Aber auch die Sorge für die thatsächliche Bereitschaft zu jederzeitiger Zurückstellung der Depotsummen, die „bankmäßige Deckung" seiner Depositen, bildet,

---

[1] Vgl. oben § 50 N. 15.

[2] Zum Unterschied einerseits von den nach obigen Ausführungen (S. 360) durch § 959 getroffenen Fällen, anderseits den unten (§§ 54 und 55) zu erörternden Zwischenstufen zwischen regulärem und irregulärem Depositum.

[3] Vgl. Newmark l. c. § 10, § 105: „the relation of banker and customer .. is that of debtor and creditor, and not that of trustee and ‚cestui que trust'."

[4] Die praktische Spitze der Frage, ob reguläres oder irreguläres Depot, liegt wesentlich in diesem Punkt; vgl. unten S. 378 u. 390 Über das Concursprivilegium des Deponenten nach römischem Recht s. Fuchs Arch. f. d. civ. Prax. LXII S. 193, Mühlhäuser S. 50 ff., Bruckner l. c. S. 73 f.

de lege lata, nicht den Inhalt einer civilrechtlichen Haftung des Depositars.[5] Und selbst die leichtfertigste Gebahrung mit den ihm creditierten Werten, oder die absichtliche Consumtion derselben als solche[6] steht nach dem gegenwärtig geltenden Gesetze[7] unter keinem strafrechtlichen Schutze; denn eine „Veruntreuung" kann der Verwahrer an den in sein Eigenthum übergegangenen Objecten nicht begehen.[8]

Die Kehrseite dieses Verhältnisses, welche dem Hinterleger zu Gute kommt, ist, dass der Verwahrer als bloßer Genusschuldner auch durch zufälligen Verlust der empfangenen Stücke oder der Deckung, welche er für die Depositen bereit liegen hat, nicht liberiert wird, dass also der Verwahrer die volle Gefahr trägt.[9] So trifft ihn insbesondere bei unregelmäßiger Hinterlegung von Geld, wie bei jeder echten Geldschuld, die Gefahr der Außercurssetzung der empfangenen Münzsorten,[10] oder bei irregulärem Depositum von Wertpapieren die Gefahr der Amortisierung eines Stückes.

Für Gelddepositen kommt endlich noch ein, den Abschluss des Vertrages betreffendes, höchst wichtiges Moment in Betracht. Da bei dem irregulären Depositum als Gegenstand der Obsorge nicht die dem Verwahrer überlieferten Stücke gelten, sondern lediglich die seinem Unternehmen zur Verfügung gestellte Summe, so kann, und zwar ohne dass damit der Rahmen des Realcontractes gesprengt würde,[11] die Hinterlegung hier nicht bloß durch Tradition in allen ihren Gestalten geschehen, sondern, wie bei Darlehen, auch in der Form indirecter Hingabe, d. i. indirecter Zuführung des betreffenden Geldwertes.[12]

---

[5] In der That dürfte auch in dieser Richtung die Solidität des Geschäftsbetriebes kaum durch civilrechtliche Normen zu sichern sein; vgl. oben § 51 N. 13.

[6] D. h. soweit sie sich nicht — nach eingetretener Insolvenz des Depositars — als ein Moment in dem Thatbestande der sog. betrügerischen (schuldbaren) Crida (§ 199 lit. f. § 486 Str. G.) darstellt.

[7] Welches nicht, wie das deutsche Strafgesetz § 266 und der österr. Entwurf eines Strafgesetzes (Reg. Vorl. § 312; Ausschuss des Abgeordnetenhauses § 302) ein Delict der „Untreue" kennt. Immerhin bliebe es sogar zweifelhaft, ob die gewissenlose Benutzung der (irregulären) Gelddepositen auch nur unter die Sanction dieser Gesetze fiele, vgl. Goldschmidt Preuß. Jahrbücher XLVIII S. 882.

[8] Vgl. darüber, bezw. gegen die in manchen Entscheidungen (Manz'sche Ausgabe des Strafgesetzbuchs zu § 183) hervortretende entgegengesetzte Auffassung des Cassationshofes Finger D. Veruntreuung von Barcautionen, bes. S. 33 ff.

[9] Vgl. dagegen die unten S. 390 f. besprochenen Fälle.

[10] Vgl. die bei Serafini-Arndts Pand. (3. Ed.) II § 286 N. 3 angeführten Entscheidungen italienischer Gerichte. Dass bei verzinslichem Depositum auch die Fructificierung des Geldes auf Gefahr des Depositars geht, s. oben S. 365.

[11] S. oben § 4 N. 4.

[12] S. darüber oben §§ 10 und 11.

Das Gelddepositenwesen des Bankgeschäfts beruht größtentheils gerade auf derartigen Erlagsformen: im Check- und Giroverkehr. Ja der Bankier kann selbst dadurch ein Depositum übernehmen, dass er seinem Kunden eine Summe im Depositenconto einfach „gut schreibt". Den Betrag, den er als Gegenwert für die durch diese „Gutschrift" begründete Forderung zu bieten hätte, behält er, statt ihn auszuzahlen, als (irreguläres) Depositum zur Verfügung seines Clienten.[13]

In derselben indirecten Weise kann selbstverständlich auch die Rückzahlung des Gelddepositi erfolgen.

2. Depositumsgrundsätze — im Gegensatze zum Darlehen — kommen hinwieder namentlich in folgenden Punkten zur Anwendung:

a) Die Form des Notariatsactes ist für das unregelmäßige Depositum zwischen Ehegatten ebensowenig erforderlich, wie für das regelmäßige.[14]

b) Die einschränkende Norm des § 991 gilt hier nicht. Indirecte Hingabe eines Gelddepots kann daher auch so erfolgen, dass etwa ein Bankier Wertpapiere von einem Kunden in Empfang nimmt, und ihm dafür einen beliebig vereinbarten Geldbetrag als (irreguläres) Depot zur Verfügung stellt (gutschreibt). Die ratio des § 991,[15] Besorgnis vor Bedrückung des Schuldners, trifft hier nicht zu, da das Wesen des depositum irregulare ja gerade in der von dem Empfänger auf eigene Gefahr übernommenen Nutzbarmachung des empfangenen Capitals beruht, nicht aber in der Creditgewährung an den Empfänger.

c) Bei Darlehen undenkbar, kann bei unregelmäßigem Verwahrungsvertrag auch ein Anspruch des Empfängers auf Entlohnung für seine Dienste begründet sein (Verwahrungsgebühr, Provision).[16] Eine solche kann unter Umständen gemäß § 969 als stillschweigend vereinbart erscheinen.[17]

d) Während der Kaufmann auf Grund Art. 290 H. G. B. „von

---

[13] Vgl. Wagner l. c. S. 374, Cohn S. 924, Newmark l. c. p. 12, Neumann-Hofer S. 27 ff. Dass die juristische Grundlage des Giro- und Checkverkehres in der That das Gelddepositum bilde, darüber s. noch unten N. 30.

[14] Natürlich hier, wie bezüglich aller übrigen Punkte, mit dem Vorbehalte, dass nicht etwa in fraudem legis nur die Bezeichnung als Depot statt als Darleben gewählt ist; vgl. Pr. L. R. I, 14 § 84.

[15] Vgl. oben § 7 Zus. 2.

[16] Krainz S. 265.

[17] „Nach deutschem und französischem Handelsrecht ist ein specifisch kaufmännisches Depositum insofern anzunehmen, als das von einem Kaufmann übernommene Depositum präsumtiv entgeltlich ist": Cohn S. 887, 891; H. G. B. Art. 290, Abs. 1.

seinen Darlehen" und „Vorschüssen" stets Zinsen zu fordern befugt ist, ist das Gelddepositum in Ermangelung besonderer Vereinbarung auch nach Handelsrecht unverzinslich.[18]

e) Auch bei unregelmäßiger Hinterlegung auf bestimmte Zeit steht dem Hinterleger gemäß § 962 das Recht vorzeitiger Rückforderung zu,[19] sowie dem Verwahrer nach dem 2. Satze des § 962 in den dort erwähnten Ausnahmsfällen die vorzeitige Rückzahlung gestattet ist — in beiden Richtungen ein bedeutsamer Gegensatz zum Rechte des Darlehens.[20]

Ein anderes ist es, wenn nicht eine bestimmte Dauer für die Hinterlegung vereinbart ist, was dem Gesagten zufolge lediglich zu Gunsten des Deponenten wirkt, sondern eine (kurze) Kündigungsfrist für die — im übrigen zu jeder Zeit mögliche — Rückforderung. An diese Frist bleibt der Hinterleger stets gebunden;[21] denn sie bildet, neben anderen Momenten, die Basis, auf welcher der Depositar, z. B. der Bankier, die „bankmäßige" Deckung für seine sämmtlichen gleichartigen Depositen berechnet und seinen Geschäftsbetrieb aufbaut. Es steht dies nicht in Widerspruch mit § 962, welcher die vorzeitige Rückforderung eben nur gegen „Ersatz des verursachten Schadens" gestattet; die durch Außerachtlassung der bedungenen Kündigungsfrist dem Depositar verursachte Störung in der Geschäftsberechnung, auf welcher sein ganzer Credit beruht, ließe sich aber kaum anders gutmachen, als durch sofortige Wiedereinlage des betreffenden Capitals für die Dauer der Kündigungsfrist.[22]

f) Im Zweifel begründet das unregelmäßige Depositum, wie das regelmäßige, eine Holschuld, während das Darlehen eine Bringschuld erzeugt.[23]

g) Die Unzulässigkeit der Compensationseinrede gegen

---

[18] Vgl. Cohn S. 927 gegen Endemann Ztschr. f. Handelsr. IV S. 62.

[19] Krainz S. 265, D. R. G. XII S. 88.

[20] Vgl. oben S. 103 f.

[21] Es ist deshalb zu viel behauptet, dass bei dem depositum irregulare „die beliebige Revocabilität auch durch Zeitbestimmung nicht beschränkt werden kann," so Mühlhäuser S. 54. Allerdings muss anderseits zugegeben werden, dass die Länge der etwa bedungenen Kündigungsfrist ein Kriterium (s. oben S. 57) dafür bilden könne, dass in Wahrheit Darlehen nicht Depositum gewollt sei.

[22] Wo, wie nach Pr. L. R. I, 11 §§ 761 f., D. Entw. § 457 (2. Les. § 549) für das Darlehen eine gesetzliche Kündigungsfrist besteht, bildet auch diese Norm einen Differenzpunkt gegenüber dem irregulären Depositum: Dernburg P. II § 93 N. 3. Anders allerdings Förster-Eccius II S. 336, Koch R. d. Fordg. III S. 477.

[23] Vgl. Reatz l. c. S. 116 f., Regelsberger in Endemanns Hdb. II S. 511, Dernburg l. c., Newmark l. c. p. 111 f., Bruckner l. c. S. 79.

den Rückforderungsanspruch des Hinterlegers (§ 1440) gilt auch für das depositum irregulare.[24] In der That besteht ja auch hier die Treuepflicht des Verwahrers, dem Verlangen des Deponenten jederzeit ungesäumt Folge zu leisten, welche das Gesetz unter seinen besonderen Schutz nimmt;[25] und gerade diese Pflicht charakterisiert das Verhältnis als depositum im Gegensatze zum Darlehen.

Im übrigen muss, um die Tragweite dieses Satzes klar zu machen — und ihn damit wohl auch gegen manche Anfechtung sicherzustellen —, zweierlei bemerkt werden.

Zuvörderst ist die Norm des § 1440 zweifellos nur eine Dispositivvorschrift.[26] Nichts steht entgegen, dass in oder neben dem Verwahrungsvertrage eine Verabredung getroffen werde, durch welche dem Verwahrer die Compensationsbefugnis eingeräumt wird. Ein solcher Fall liegt insbesondere vor, wenn zwischen den Contrahenten des Verwahrungsvertrages ein Contocorrentverhältnis im eigentlichen Sinne[27] des Wortes besteht. Die durch den Contocorrentvertrag begründete Abrede der Creditierung und periodischen Abrechnung sämmtlicher gegenseitiger Forderungen umfasst gewiss auch die aus etwaigen Gelddepositen des einen bei dem anderen entspringenden Verpflichtungen. Die Regel des § 1440 tritt daher in diesem Falle zurück.

Anderseits aber darf nicht jede zwischen zwei Parteien geführte Rechnung als „Contocorrent" in dieser prägnanten Bedeutung aufgefasst werden. Vor allem darf damit, trotz der häufig ähnlich klingenden Namen, die die Geschäftssprache gebraucht,[28] das Verhältnis nicht identificiert werden, welches zwischen dem Bankier und seinen Kunden besteht, wenn er für diese „Gelder in laufender Rechnung" oder auf „Giroconto" übernimmt. Nicht die dem „Contocorrent" wesentliche gegenseitige Creditgewährung ist der Zweck

---

[24] Vgl. Dernburg Compensation S. 514, Cohn S. 928 (abweichend Eisele D. Compensation S. 353 ff.), und speciell für das österreichische Recht Pfaff Geld als Mittel S. 43 N. 91, Unger in Grünhuts Ztschr. XV S. 549 N. 20, Krainz S. 265.

[25] Vgl. Ofner II S. 245 („Sicherheit und Heiligkeit" der Verpflichtung), Zeiller IV S. 170. Auch R. O. H. G. IX S. 437 f. betont die Gleichheit der ratio.

[26] Dernburg P. II § 93 Nr. 39; dass die Statuten vieler Banken diesen ausdrücklich das Compensationsrecht vorbehalten (Riemeyer S. 140), ist daher kein Argument gegen die Anerkennung des depositum irregulare.

[27] Über das Wesen des Contocorrents vgl. etwa Grünhut in seiner Ztschr. III S. 490 ff., Thöl Handelsr. I § 317, Goldschmidt System § 111.

[28] Vgl. darüber noch unten N. 30. Darin nicht genau Neumann-Hofer S. 31 ff.

und macht die rechtsgeschäftliche causa dieses Verhältnisses aus,[29] sondern die dem depositum irregulare charakteristische Cassahaltung des Bankiers für seinen Clienten.[30] Wenn nun der Bankier Anweisungen des Einlegers honoriert oder sonst an ihn oder für ihn Zahlungen leistet, so stellt er diese allerdings als Abzugsposten gegen das Depositenguthaben des Einlegers in Rechnung. Aber diese Abzugspost in der „laufenden Rechnung" oder dem „Giroconto" bringt einfach eine theilweise Zurückzahlung des Depositums zum Ausdrucke, sie bedeutet, formal-juristisch, nicht die Entgegenstellung einer Gegenforderung, sondern lediglich die Negation der (früheren) Höhe der Depositenschuld des Bankiers. Kurz, es handelt sich zwar um eine Subtraction in der Rechnung, aber dennoch nicht um eine Compensation.[31] Das Verbot der Compensation kommt daher gar nicht in Frage und die Zulässigkeit jener Abrechnung beruht nicht erst auf einer vertragsmäßigen Eliminierung der gesetzlichen Norm.[32] Und daſs dem so ist, wird sofort bedeutsam, wenn der Depositar gegen seinen Depositen-Kunden aus einem anderen Geschäfte, z. B. der Belehnung von Effecten, eine Forderung erwirbt. Diese Forderung dem Anspruche des Kunden

---

[29] Vgl. Grünhut l. c. S. 495. Anders, aber doch wohl willkürlich, Geller J. Bl. 1879 Nr. 9.

[30] Nicht bloß historisch, sondern auch dogmatisch ist die Geldeinlage des Kunden bei dem Bankier (depositum irregulare) die Grundlage des Giro- und Checkverkehres; vgl. Wagner l. c. S. 374, Cohn S. 1050, Rota l. c. p. 50 s., Hildebrand l. c. S. 130 ff., Neumann-Hofer S. 18, 87 ff., D. R. G. XII S. 85 ff. Auch Koch hat früher (in Busch' Archiv XXXVII S. 113) das anerkannt. Daſs neben diesem depositum irregulare noch ein besonderes Vertragsverhältnis — Check-, Giro-, Contocorrentvertrag — besteht (vgl. Cosack Lehrbuch d. Handelsr. S. 200), daher das Girogeschäft nicht lediglich durch die Normen des Verwahrungsvertrages gedeckt erscheint — was jetzt Koch Beitr. z. Erläut. d. Entw. eines brgl. Gb. IV S. 33, Niemeyer S. 153 ff. N. 22 gegen jene herrschende Auffassung anführen — steht damit nicht im Widerspruche, ebensowenig, daſs die Giroguthaben auch durch einfache Gutschrift entstehen können; vgl. oben S. 372. Gegen die Construction der Giroeinlagen als „Vorschüsse zur Deckung" (Cosack l. c. S. 244, ähnlich Hanausek D. Check im Giroverkehr d. österr.-ungar. Bank S. 22 f.), s. besonders Canstein Check, Wechsel u. Deckung S. 160 f. — Für das österreichische Recht zeigen namentlich die verschiedenen Redactionen der Bankstatuten (s. Bubenik l. c. S. 1, 4, 11), daſs die Übernahme von Geldern „auf laufende Rechnung" nur ein anderer Ausdruck ist für die früher übliche (vgl. unten § 54 N. 1) Bezeichnung der Übernahme von „Geldern zur Hinterlegung, worüber durch Anweisung und Abschreibung verfügt werden kann". Auch in neuerer Zeit wieder wurde, im Finanzministerialerlaſs vom 28. Febr. 1864 (Funk Rechtl. Natur d. Cheque S. 11), der Check definiert als eine „Anweisung, welche im Grunde des an eine zur Übernahme fremder Gelder in laufende Rechnung berechtigte Gesellschaft geleisteten Depots von dem Erleger ... gezogen" ist.

[31] Vgl. Newmark l. c. p. 106: „the payment of the checks discharges the debt pro tanto."

[32] Vgl. Goldschmidt l. c. S. 170.

auf Ausfolgung seines Guthabens aus der „laufenden Rechnung" oder dem „Giroconto" im Wege der Compensation entgegenzustellen, ist der Bankier vermöge § 1440 nicht befugt, weil jenes Guthaben eben eine Forderung des Kunden aus einem (irregulären) Verwahrungsvertrage darstellt.[33]

h) Die Vorschriften des § 1001 a. b. Gb., bezw. des § 114 a. G. O., betreffend die Form des Schuldscheines bilden, wie früher nachgewiesen wurde,[34] kein jus singulare des Darlehens. Folgt man aber in diesem Punkte der herrschenden Ansicht, welche namentlich § 114 cit. allerdings als Sonderrecht des Darlehensschuldscheines betrachtet, so läge auch darin, dass diese Norm dann. für den „Depotschein" nicht zu gelten hätte, eine praktisch nicht unwichtige Differenz zwischen dem irregulären Depositum und dem Darlehen.[35]

§ 54.

C.

Andere Abarten des (regulären) Depositums.[1]

Der Normalfall des (regulären) Depositums, d. i. die Übergabe von Sachen zur Aufbewahrung und Zurückstellung in specie, einerseits und das gemeinrechtliche depositum irregulare anderseits, d. i. die Hingabe von Fungibilien zur Verwahrung für den

[33] Vollkommen übereinstimmend mit dieser Auffassung die Entscheidung des D. R. G. XII S. 88. — Auf die Frage der Zulässigkeit des kaufmännischen Retentionsrechts kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Vgl. dazu oben § 39 N. 50.

[34] S. oben §§ 20, 21.

[35] Sowie nach römischem Recht die eigenartige exceptio non numeratae pecuniae für das depositum irregulare nicht gilt, L. 14 § 1 C. h. t. 4, 30; vgl. Huschke D. Lehre d. röm. R. v. Darlehn S. 133, Ludw. Goldschmidt Jahrb. f. d. Dogm. XXIV S. 119.

[1] Der Name „Depotgeschäft", „Depositengeschäft" umfasst in der Sprache des Handelsverkehres (vgl. darüber etwa Hübner l. c. I S. 53 ff., Gareis in Holtzendorffs Rechtslex. s. v. „Depotgeschäft", Cohn S. 921) nicht nur alle Spielarten des Verwahrungsvertrages, sondern auch manche Verhältnisse, die ihrer causa nach überhaupt gar nicht unter den civilrechtlichen Begriff des depositum und demgemäß außerhalb des Rahmens dieser Darstellung fallen, so namentlich gewisse Pfandgeschäfte im Gegensatze zum „Depot zur Deckung" (vgl. oben § 39 N. 21 und S. 297), oder auch Darlehensverträge (Thöl Handelsr. I § 28). Gerade das bankmäßige irreguläre Geld-depositum aber reiht die Terminologie unserer Geschäftssprache nicht unter die „Depositengeschäfte" ein; vgl. etwa die Statuten der österr.-ungar. Bank (Ges. v. 21. Mai 1887, R. G. B. 51), Artt. 56 c—d, 71 ff., 75, 76, welche die „Übernahme von Geld gegen Verbriefung" oder „in laufende Rechnung" der Übernahme von „Depositen" entgegenstellen (vgl. dazu oben § 53 N. 30), sowie die Statuten der meisten anderen Banken (z. B. Statuten der österr. Creditanstalt für Handel und Gewerbe §. 4 Nr. VIII und IX, der Länderbank § 6 lit. i und k, der Unionbank § 6 Z. 4 und 6).

Geber, zugleich aber zur Nutzung durch den Empfänger gegen dessen Verpflichtung zur Zurückgabe in quanto, bilden die beiden Extreme im Gebiete des Verwahrungsvertrages. Dazwischen aber weist das Geschäftsleben Fälle auf, wo vermöge der Vertretbarkeit der in Obsorge gegebenen Objecte wesentliche Abweichungen von dem gewöhnlichen Depositum Platz greifen, gleichwohl jedoch nicht alle Consequenzen aus der Hinterlegung von Fungibilien als solchen gezogen werden sollen. Ob man diese Fälle mit dem Namen des regulären oder des irregulären Depositums belegen will, ist eine nebensächliche Frage;[2] gewiss aber, dass die Rechtstheorie der Eigenart dieser Verhältnisse die Anerkennung nicht deshalb versagen darf, weil sie unter keine der beiden hergebrachten Kategorien völlig passen. Sie darf dieselben weder unter die strengen Normen des gewöhnlichen Verwahrungsvertrages zwängen, noch aber sich verleiten lassen, überall, wo irgend eine wichtigere Abweichung von der Gestalt des alltäglichen Depositums vorliegt, das Verhältnis als ein „irreguläres" sofort allen den Rechtsfolgen zu unterwerfen, welche für das Extrem des depositum irregulare Geltung haben.

Namentlich zweierlei Erscheinungen kommen hier in Betracht.

1. Der Fall, der vielleicht passend als (reguläres) Summendepositum bezeichnet werden kann.

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen zieht der Wille der Parteien deren Fungibilität möglicherweise nur insoweit in Betracht, dass auf die Identität der hinterlegten Stücke kein Gewicht gelegt wird, ohne dass im übrigen von den wesentlichen Zielen des regulären Verwahrungsvertrages abgegangen würde. Dem Depositar soll nicht etwa die beliebige Nutzung des Depositums zugewendet werden, der Deponent will nicht etwa die Sicherheit seiner dinglichen Berechtigung an den dem Verwahrer anvertrauten Werten aufgeben, um einen bloß obligatorischen Anspruch gegen dieselbe einzutauschen, kurz er will dem Depositar nicht „creditieren".[3] Dieser soll nicht etwa

[2] Vgl. darüber oben § 50 N. 8.

[3] Die Übergabe von Fungibilien als solchen besagt eben zunächst nur, dass der Übergeber auf die Rückerlangung der identischen Stücke keinen Wert lege (vgl. dazu oben S. 357), und der Schluss, dass damit jedesmal dem Empfänger die Nutzung der gegebenen Summe nach Art eines Darlehens gewährt, also „creditiert" sei, wäre ein höchst voreiliger; gegen diesen Fehler (in welchen nach dem Muster des Dresdn. Entw. Art. 738 auch der D. Entw. § 618 verfallen ist — s. unten S. 383 f.) hat sich mit Recht Ofner Ztschr. f. Handelsr. XXXVII S. 440 f. gewendet; nur darüber ob man von Depositum „irregulare" ohne Creditgewährung reden solle, sind wir nicht einer Meinung, vgl. oben § 50 N. 6.

bloß — wie bei dem „depositum irregulare“ — die ökonomische Sicherheit bieten, den Rückforderungsanspruch des Hinterlegers befriedigen zu können; er soll vielmehr, wenn auch nicht die empfangenen Stücke selbst, so doch die gleiche Summe gleichartiger Stücke jederzeit, von dem eigenen Vermögen thatsächlich gesondert, als fremdes Gut in Verwahrung halten, so dass ihm nur die Freiheit bleibt, die Stücke des Depots gegen andere gleichartige umzutauschen. Deshalb ist das Verhältnis als reguläres (Summen-) Depositum zu bezeichnen.

Zusatz. Die Frage der **juristischen Construction des „Summendepositums“** vorläufig dahingestellt — postuliert das eben geschilderte Verhältnis als wesentliche rechtliche Folgesätze so viel: Einerseits die Befugnis des Verwahrers zu beliebigem Umtausch der in Verwahrung genommenen Stücke gegen Substituierung gleicher Zahl und Art; anderseits Eigenthum des Hinterlegers an den jeweils für ihn erliegenden Stücken, daher insbesondere das Recht ihrer Vindication im Falle des Concurses des Verwahrers, und Haftung des letzteren wegen Unterschlagung im Falle der Aneignung von Stücken aus dem Depositum ohne ordnungsmäßige Substituierung anderer;[4] demgemäß aber auch Befreiung des Verwahrers von der Gefahr des zufälligen Verlustes der ordnungsmäßig für den Hinterleger ausgesonderten Stücke.[5]

Diese — von dem „depositum irregulare“ offenbar grundverschiedene — Modification des regelmäßigen Verwahrungsvertrages kann gewiss, und zwar auch im Privatverkehre[6], vorkommen bei Hinterlegung von Geld; ja sie dürfte bei unverschlossen hinterlegtem Gelde im Zweifel der Intention der Contrahenten entsprechen.[7]

[4] Vgl. die Entsch. des Cassationshofes v. 28. Juni 1879 (Plenarbeschlüsse u. Entscheidungen des k. k. Cassationsh. III Nr. 203), welche die Fälle des Anvertrauens und des Creditierens einer Summe sehr gut auseinanderhält.

[5] Während bei depositum irregulare der Verwahrer die Gefahr trägt (oben S. 371), vgl. noch unten N. 10 u. S. 391.

[6] Da es sich hier nicht, wie beim dep. irregulare, um eine dem Nichtgeschäftsmanne überhaupt unmögliche Verwertung des einzelnen Depots (s. oben S. 359 f.) handelt, sondern lediglich um die Befugnis, gegebenen Falles Stücke aus dem Depositum auszuwechseln, welches allerdings geringfügigere Interesse auch für den Privatmann besteht. Dass bei Effectendepots für den Bankier dies praktische Interesse weit bedeutender ist, s. unten N. 11.

[7] Dass die Hinterlegung unverschlossenen Geldes im Privatverkehre in dubio weder ein dep. irregulare bedeutet (— anders allerdings die Übernahme von Gelddepositen durch den Bankier —) noch auch eventuelle Gebrauchsgestattung im Sinne des § 959 s. oben S. 369. Wohl aber scheint die Gestattung bloßen Umtausches dem Willen der Parteien in solchem Falle zu entsprechen; davon geht mit Recht auch die oben N. 4 citierte Entsch. des Cassationshofes aus.

Vor allem aber weist bezüglich der Hinterlegung von Wertpapieren auf diese Gestaltung die Parteienabsicht hin, richtiger die Verkehrsauffassung vom „Depositengeschäfte" der Banken und Bankiers, wie sie sich in den Statuten und Geschäftsbestimmungen der großen Banken Österreichs und Deutschlands spiegelt.[8] Natürlich können fungible Papiere auch den Gegenstand eines schlichten depositum regulare bilden. Als Ausdruck dieser Absicht gilt die „Aufgabe der Nummern" der Papiere, welchen sonst im Verkehre keine Beachtung geschenkt wird. Wo aber solche Effecten ohne „Nummernaufgabe" in Depot gegeben und genommen werden, ist die Auffassung des soliden Geschäftsverkehres weit davon entfernt, dieselben deshalb einfach als dem Bankier creditiert zu betrachten. Der Bankier hält sich, wenn nichts anderes vereinbart ist, wie bei jedem streng regulären Depositum, für verbunden, das Depot für jeden seiner Kunden unter dessen Namen und als dessen Eigenthum gesondert zu verwahren;[9]

---

[8] So werden die Depots in der österr.-ungar. Bank zwar für jeden Kunden gesondert verwahrt, aber die Bank verweigert die Annahme von „Erlagserklärungen, in welchen die Nummern von nicht verlosbaren Effecten verzeichnet erscheinen" (Bestimmungen f. d. Geschäftsverkehr d. öst.-ung. Bank v. 1892, XVII, 2); ebenso heißt es bezüglich der Gerichtsdepositen bei dieser Bank (vgl. oben S. 350) in § 3 der Vdg. v. 21. Juni 1893, R. G. B. 103: „Die Wertpapiere werden als gesonderte Depots und als Sondereigenthum der einzelnen Erleger aufbewahrt", im § 11 aber: „Erlagserklärungen, in welchen die Nummern von nicht verlosbaren Effecten verzeichnet erscheinen, werden nicht angenommen." Ebenso, nach ihren Geschäftsbestimmungen, die österr. Bodencreditanstalt. Die Deutsche Reichsbank verweigert die Verzeichnung der Nummern in den Depotscheinen, obgleich sie für Haltung reeller Depots Gewähr leistet — vgl. Kraschutzki Geschäftsverkehr mit dem Komtor d. Reichsbank (3. Aufl.) S. 15 f., u. „Drucksachen der Reichsbank" in der Beilage zu Bd. XXIII der Ztschr. f. Handelsr. S. 240 (desgleichen u. a. nach ihrem Reglement für das Depositengeschäft die Allg. Verkehrsbank in Wien) — das heißt doch wohl, trotz des von Levy auf dem XXII. Deutschen Juristentag (Verhandl. IV S. 224) erhobenen Widerspruchs (gegen Strohal ebend. S. 195), dass die Bank für die Restitution der identischen Stücke nicht garantiere. Auch die in einem speciellen Falle vom Gerichte als Sachverständige gehörten Ältesten der Berliner Kaufmannschaft äußerten sich (Busch' Archiv XXXIV S. 265 f.) dahin, dass die Bankiers, wenn keine „Nummernaufgabe" stattgefunden hat, sich „für berechtigt halten . . . . die Stücke gegen andere gleichartige Zug um Zug umzutauschen", aber „ein weiteres Recht, namentlich das Recht der Veräußerung glauben sie nicht zu haben", sowie sie „ihre Haftbarkeit als die eines Depositars auffassen, so dass sie im Falle unverschuldeten Verlustes . . . nicht aufzukommen haben". Auf demselben Gedanken beruht auch die Entscheidung des D. R. G. V S. 1 ff.

[9] Vgl. das in der vorigen Note citierte Gutachten; ferner den Artikel über „Effectendepots" in der „Frankfurter Zeitung" v. 1891 Nr. 330. Nur eine Ausnahme, welche „die Regel bestätigt", bilden gewisse Bankinstitute, die in ihren Kundmachungen an das Publicum erklären, die in Depot genommenen Effecten, falls nicht das Gegentheil ausdrücklich verlangt sei, den „eigenen Beständen anzureihen", so z. B. von den mir vorliegenden Geschäftsbestimmungen die des Wiener

jede Verwertung dieser Depots zu seinem eigenen Nutzen und zur Deckung seiner eigenen Speculationen betrachtet er als verpönten Eingriff in fremdes Gut, und seine Gläubiger ihrerseits wissen, dass sie diese Depositen nicht zu dem (im Concursfalle) ihnen haftenden Capitale des Bankiers zu zählen haben. Nur der Sorge hält sich der Bankier enthoben, darüber zu wachen, dass jedesmal die identischen Stücke in das Portefeuille des einzelnen Kunden, aus welchem sie etwa vorübergehend entnommen werden mussten, wieder zurückgelangen. Diese, an sich nicht weitgehende, Abweichung von der Norm des depositum regulare aber ist für den Bankier gleichwohl von großem praktischen Interesse, selbstverständlich nicht, als ob sie ihm irgend eine geschäftliche Verwertung derartiger Depositen ermöglichen würde,[10] sondern weil sie ihm die geschäftliche Manipulation mit denselben wesentlich erleichtert.[11] Deshalb, aber auch nur deshalb, verweigern gerade unsere größten und verlässlichsten Bankinstitute die „Nummernaufgabe" bei Annahme von nicht verlosbaren Wertpapieren zur Verwahrung; sie wollen nur die betreffende

---

Bankvereins oder der Wechselstuben-Actiengesellschaft „Mercur". Umgekehrt kommt es vor, dass eine Bank nach ihrem Reglement auch die Nummern unverlosbarer Effecten in den Depotschein aufnimmt, damit also erklärt, für die übernommenen species zu haften, so z. B. die steiermärk. Escomptebank.

[10] Anderseits übernimmt der Depositar damit auch nicht, wie bei dep. irregulare (der „Einreihung unter die eigenen Bestände") das periculum (vgl. oben N. 5 und § 53 N. 10). Bezüglich der jeweils im Depot des einzelnen Kunden erliegenden Stücke haftet er für custodia nach allgemeiner Regel, nicht aber für casus (vgl. die oben N. 8 citierten Geschäftsbestimmungen des Wiener Bankvereins Z. 1: Die Bank „widmet der Überwachung .... die nöthige Sorgfalt", ... doch übernimmt sie „keine Haftung für höhere Gewalt und Elementarereignisse sowie für die aus der Amortisation von Wertpapieren entstehenden Folgen", oder der Allg. Verkehrsbank, des Wiener Giro- u. Cassenvereins), bezw. soweit er — bei „Depot zur Verwaltung" — auch gewisse Geschäfte in Ansehung des Depots zu besorgen hat, für die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" (§ 6 Vdg. v. 21. Juni 1893 cit.). Nur in soferne trifft den Depositar hier, im Gegensatze zum streng regulären Depositum, eine gewisse Gefahr, als er (wie jeder Genusschuldner) die Gewähr leistet, dass die Stücke, die er im Wege des Umtausches in das Depot des Kunden legt, vollwertige seien; würde unter diesen sich z. B. ein amortisiertes Papier finden, so ginge das also auf Rechnung des Bankiers.

[11] Er erspart viele Schreibmühe, wenn er in seinen „Depotconti" nicht immer alle Stücknummern in Evidenz zu halten braucht; er kann bei der (für die Deponenten zu besorgenden) Eincassierung der Coupons u. dergl. alle gleichartigen Effecten gemeinsam behandeln; er kann endlich für Zwecke seines eigenen Geschäfts (falls er z. B. Wechselgeschäfte betreibt) gelegentlich größere gegen kleinere Appoints aus den Depots umtauschen. Dass derartige Tendenzen maßgebend sind, zeigt auch die cit. Vdg. v. 21. Juni 1893, § 8: „Die Annahme des Erlags kann abgelehnt werden, wenn die Umstände, unter welchen der Erlag stattfinden soll, Weitläufigkeiten in der Manipulation ... besorgen lassen".

„Summe" von Effecten, diese aber in vollkommen regulärer Weise als Object ihrer Depothaftung anerkennen.[12]

Zusatz. Die Schwierigkeit der **juristischen Construction des „Summendepositums"** soll nicht geleugnet werden. Aber Theorie und Praxis des Rechts dürfen nicht wegen dieser Schwierigkeit gegen die geschilderten Erscheinungen des Rechtslebens die Augen verschließen, sie dürfen nicht die Existenz der in der Erfahrung gegebenen Vorgänge leugnen, weil sie die Formel für deren juristische Darstellung noch nicht gefunden haben.[13] Sind die in Frage stehenden Mittelstufen des Depositums im realen Leben einmal constatiert, so werden und müssen dieselben auch construiert werden können. Was nun weiter unten zu dieser theoretischen Construction bemerkt wird, muss freilich als ein erster Versuch mit allem Vorbehalt gegeben werden; aber wenn dieser Versuch sich als nicht gelungen erweisen sollte, so kann das der Wahrheit der Rechtsverhältnisse selbst keinen Eintrag thun — nach dem goldenen Spruche: „ex jure quod est regula." Man wende nicht etwa ein, es handle sich dabei um mehr als eine theoretische Formulierung, es handle sich darum, ob eine gewisse Gattung von Geschäften vom objectiven Rechte überhaupt anerkannt sei oder nicht. Allerdings ist dem so, und de lege ferenda wäre es zur Beseitigung von Streit und Zweifel gewiss erwünscht, diese Anerkennung ausdrücklich ausgesprochen zu finden.[14]

---

[12] Vgl. oben N. 8.

[13] Nicht mit Unrecht klagt Jul. Goldschmidt in einem dem XXII. deutschen Juristentag erstatteten Gutachten (I S. 405), dass „in Deutschland der Cultus der elegantia juris obenan steht, während die Bedürfnisse des praktischen Lebens nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie sich nicht anmaßen, einen ‚Bruch des Systems' herbeizuführen!"

[14] Auf die gegenwärtig lebhaft discutierte Frage der gesetzlichen Regelung der „Bankdepotgeschäfte" — über deren Stand jetzt am besten die Gutachten und Verhandlungen des XXII. deutschen Juristentags (I S. 386 ff., IV S. 174 ff.) aus Anlass des Entwurfes eines diesbezüglichen Specialgesetzes, sowie des § 640 D. Entw. (2. Lesung), Aufschluss geben — kann hier umsoweniger näher eingegangen werden, als dabei gewisse speciell in das Gebiet des Commissionsgeschäftes fallende Probleme im Vordergrund stehen. Ein nicht geringer Theil der in dieser Frage erörterten Schwierigkeiten allerdings scheint mir nur jenem oben (bei N. 13) berührten doctrinären Vorurtheile zu entspringen, und in soferne kann der Versuch des Textes, die zwischen dem depositum regulare und irregulare im landläufigen Sinne bestehenden Mittelfiguren des „Summendepots" und des „Sammeldepots" (s. unten § 55) juristisch zu bestimmen, auch de lege ferenda als Beitrag zur Lösung der „Depotfrage" gelten. Wenn es übrigens richtig ist, dass bei Übergabe eines „offenen" Depots von Wertpapieren der Empfänger (Bankier) in dubio zwar verpflichtet erscheint, die übernommene Zahl von Stücken jederzeit reell für den Deponenten verwahrt zu halten, zugleich aber als befugt, jederzeit Stücke aus diesem Depot Zug um Zug gegen andere umzutauschen, und dass deshalb die entsprechende Quantität seiner eigenen Effectenbestände dem Deponenten als Deckung dinglich verhaftet ist (s. unten S. 386 ff.), so muss — mutatis mutandis — dasselbe auch von dem Commissionär gesagt werden, welcher den Auftrag erhalten hat, Effecten für das Depot seines Kunden einzukaufen. Seine Pflicht ist es demgemäß, die Commission reell auszuführen, d. i. wirklich die betreffende Stückzahl für das Depot des Committenten anzuschaffen, aber er braucht deshalb nicht gerade die thatsächlich angekauften Stücke zu liefern, sondern

So viel aber läßt sich auch auf dem Boden des geltenden Rechts behaupten: Wenn das Gesetz die beiden Extreme, zwischen welchen die Parteiabsicht sich bewegen kann, sanctioniert — das reguläre Depositum

---

kann statt dieser gleichwertige andere einlegen (so auch D. R. G. V S. 4, während Goldschmidt's ausgezeichnete Besprechung, „Börsen und Banken" preuß. Jahrb. XLVIII S. 884, in diesem Punkte doch wohl zu strenge ist), und die bei Gelegenheit der Ausführung der Commission vom Bankier bezogenen, aber noch nicht für den Committenten „ins Depot genommenen", sowie die sonstigen in seinem Besitze befindlichen Effectenbestände dieser Gattung bieten die Deckung für den Committenten, der die ihm gebürende Quantität aus diesen Beständen gegebenen Falles mit dinglichem Anspruch aus der Masse aussondern kann (vgl. das unten S. 389 über Art. 368 H. G. B. Gesagte). Eben daraus ergibt sich, daß der Bankier-Commissionär das Delict der Unterschlagung begeht (wie das in dem Berliner Urtheil in Busch's Archiv XXXIV S. 266 ff. in der That ausgesprochen wurde) in dem Augenblicke, wo er nicht nur nicht die auf Grund der Commission angeschafften Stücke in das Depot des Committenten erlegt, sondern auch durch anderweitige Verwertung der in seinen eigenen Beständen vorhandenen Menge — vgl. dazu unten S. 387 — jenem Depot die Deckung entzieht. Insoweit dürfte der civil- und strafrechtliche Schutz des geltenden Rechts ausreichen. Was weiter noch an (berechtigten) Klagen über den gegenwärtigen Rechtszustand verlautet, das beruht theils nicht auf den bestehenden Normen des Depositums, sondern auf dem „Selbsteintrittsrecht" des Commissionärs (wie das besonders deutlich die energischen Ausführungen von Eschenbach Ztschr. f. Handelsr. XLI S. 37 ff. zeigen), theils auf Schwierigkeiten rein factischer Natur. So kann, dem Gesagten zufolge, allerdings von einer Unterschlagung nicht die Rede sein, und versagt also der criminelle Schutz, wenn der Commissionär thatsächlich weder die für Rechnung seines Committenten gekauften Effecten wirklich bezogen, noch zur Zeit der angeblichen Realisierung des Auftrages irgend einen Bestand derartiger Effecten besessen hat, und gar häufig wird dem Committenten zum mindesten der Beweis nicht gelingen, daß das eine oder das andere der Fall war. Vor allem aber sollte nicht übersehen werden, daß nicht selten der Auftrag zum Ankauf von Papieren, ohne dem vielberufenen „Parteiwillen" Gewalt anzuthun, gar nicht dahin interpretiert werden kann, daß diese Papiere reell ins Depot des Committenten kommen sollen; geht doch dieser Auftrag mitunter weit über das Maß dessen hinaus, was der Auftraggeber bei seinen Mitteln reell anschaffen könnte! Mit anderen Worten, es handelt sich oft nicht um ein Depositengeschäft, sondern um die Ausführung von Börsenspeculationen für den Committenten; dann aber verdient der letztere in der That nicht die bevorzugte Stellung eines Deponenten. Ja, es ist kaum übertrieben, wenn (in einem Artikel der „Neuen freien Presse" v. 25. Nov. 1891, S. 9) gesagt worden ist, in solchen Fällen „vertraue" nicht der Committent dem Geschäftshause, sondern umgekehrt das Haus dem Committenten; vgl. auch Neumann-Hofer S. 140 ff. und den oben N. 9 citierten Artikel der „Frankfurter Zeitung" v. 1891, Nr. 331, besonders aber Goldschmidt l. c. S. 876 f. In concreto nun diese Fälle von denen der reellen Depositen-Commission zu scheiden, gehört zu den schwierigsten Aufgaben des praktischen juristischen Urtheils; eben deshalb aber wird es, fürchte ich, kaum gelingen, durch gesetzliche Vorschriften einzugreifen, ohne das Kind mit dem Bade auszuschütten. (Einen beachtenswerten Vorschlag in dieser Richtung, dessen Unterscheidung aber immer noch eine rein äußerliche bleibt, enthält der Aufsatz von Wr. über „die gesetzliche Regelung des Bankdepots" in der „Neuen freien Presse" v. 10. October 1893; auch das Gutachten von Jul. Goldschmidt l. c. S. 407 ff. sucht diesem Unterschied Rechnung zu tragen, hat aber gerade in diesem Punkte nicht die Zustimmung des Juristentages gefunden: Verhandl. IV S. 175, 226 f).

im strengsten Sinne des Wortes und das irreguläre dem Darlehen nahe kommende[15] —, so wäre es kaum zu begreifen, warum der Eigenart solcher in der Mitte liegender Verhältnisse die Anerkennung versagt werden sollte, deren Zweckbestimmung von der des gewöhnlichen depositum einigermaßen, aber doch nicht so weit verschieden ist, wie bei dem, zu einem „in creditum abire" führenden, depositum irregulare. Erscheint diese letztere, wirtschaftlich gefährlichere Form rechtlich gebilligt, so steht um so weniger jener der Sicherheit des Hinterlegers minder gefährlichen Modification ein Bedenken entgegen; anderseits beruhen, wie oben bemerkt wurde, gerade diese geringfügigen Modificationen auf einem durchaus vernünftigen praktischen Bedürfnisse des Geschäftsverkehres, welchem die Jurisprudenz Rechnung zu tragen verpflichtet ist. Es war deshalb kein glücklicher Stern, unter welchem der XXII. deutsche Juristentag die legislatorische Berücksichtigung der hier erörterten Zwischenbildungen zwischen dem „regelmäßigen" und dem „unregelmäßigen" Effectendepot — auf welche Strohal in verdienstvoller Weise die Aufmerksamkeit gelenkt[16] hatte — füglich nur deshalb ablehnte, weil, wie der Referent meinte, das „ganz neue Begriffsbestimmungen seien, die bisher weder in Theorie noch in Praxis jemals aufgetreten sind."[17] Wie sich diese engherzige Auffassung rächt, zeigt wohl am besten gerade die auf diesem Boden erwachsene Normierung im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich (2. Lesung, § 640): „Sind vertretbare Sachen mit der Bestimmung hinterlegt worden, dass nicht dieselben Sachen, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückgewährt werden sollen, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. . . . Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird." Nach dem Wortlaute dieses Paragraphen fällt jedes Depositum, bei welchem dem Verwahrer vertragsmäßig die Zurückstellung von „tantundem" statt „idem" freigelassen ist, unter die Kategorie des, als Darlehen bezeichneten, irregulären Depositums, so also auch das ohne Nummernaufgabe im Sinne des Textes übernommene Effectendepot. Mit anderen Worten, von dem Augenblicke an, wo der Hinterleger einmal die, wie er wohl meint, wenig verfängliche Er-

[15] Dass § 959 nicht etwa eine Reprobierung des dep. irreg. enthält, ist oben § 50 gezeigt; praktisch ist dasselbe füglich aber auch im D. Entw. § 618 (640) anerkannt, vgl. oben § 50 N. 17.

[16] Verhandl. IV S. 193 ff. — Nicht als ob ich irgend welche Prioritätsrechte zu wahren hatte, sondern nur, weil ich glaube, dass eine aus selbständiger Arbeit hervorgegangene und doch zu nahezu gleichen Resultaten gelangende Darstellung gerade zur Unterstützung der — vom Juristentage so spröde aufgenommenen — Anregung Strohal's besser taugt, als eine auf dieser selbst fußende nähere Ausführung, bemerke ich bei dieser Gelegenheit, dass ich die Überzeugung von der Nothwendigkeit der Aufstellung jener Zwischenstufen zwischen dep. regulare und irregulare schon vorher auf Grund des Studiums der thatsächlichen Gestaltungen des Bankverkehres gewonnen hatte. — Ein Hinweis auf das Depositum mit Umtauschbefugnis findet sich übrigens schon bei Ofner Ztschr. f. Handelsr. XXXVII S. 441; vgl ferner unten N. 31.

[17] Worte Levy's, Verhandl. VI S. 223.

klärung abgegeben hat, dass er nicht gerade auf Rückgewährung der identischen Stücke bestehe, braucht der Verwahrer überhaupt nicht mehr reelles Depot zu halten, und hat der Hinterleger kein Aussonderungsrecht im Concurse auch bezüglich der thatsächlich etwa für ihn verwahrten Effecten.[18] Und so schlägt die Gesetzesbestimmung, welche offensichtlich im Interesse der Deponenten so scharf zugespitzt ist,[19] für diese in das gerade Gegentheil einer Rechtswohlthat um; denn sie macht gleichsam von Amtswegen ein extremes depositum irregulare aus solchen Verwahrungsverträgen, bei welchen der Hinterleger gar nicht die Absicht hatte, dem Depositar zu „creditieren", sondern nur die, ihm eine gewisse Freiheit in der Gebarung mit dem Depot zu gestatten.[20] Und all' dies nicht etwa, weil man jene Zwischenstufen zwischen dem schulgerechten depositum regulare und irregulare für unzulässig hielt, sondern weil man dieselben nicht sah. — Vom Standpunkte des österreichischen Privatrechts, welches glücklicherweise eine derart gefasste Norm nicht kennt,[21] hat die Rechtslehre freie Hand und demgemäß auch die Pflicht, dem geschilderten Dilemma auszuweichen. Die Elemente für die juristische Construction des „Summendepositums", als dessen Musterfall das Depot von Effecten ohne Nummernaufgabe bei einem Bankier gelten kann, sind in den oben (S. 378) beschriebenen Postulaten des Geschäftszweckes gegeben. Die in Depot gegebenen Wertpapiere sind nicht, wie bei dem „irregulären" Verwahrungsvertrag, dem Depositar zur beliebigen Verfügung überlassen, creditiert. Dieser erwirbt daher durch die Übergabe und Übernahme als solche nicht das Eigenthum der deponierten Stücke. Eigenthümer der für ihn in eigenem Verschlusse (Umschlag, Portefeuille) verwahrten Stücke bleibt der Deponent. Aber der Bankier ist durch den Vertrag ermächtigt,[22] diese Stücke, gleichviel zu welchem Zwecke, aus dem Depot seines Kunden zu entnehmen und andere Stücke dagegen einzulegen. Erstere werden dadurch sein Eigenthum, letztere an deren Stelle Eigenthum des Hinterlegers. Versucht man nun, dies Verhältnis juristisch zu analysieren, so liegt es gewiss am nächsten — und soweit derartige Verhältnisse überhaupt Beachtung gefunden haben, ist man auch wohl von dieser Vorstellung ausgegangen[23] — so zu construieren: Durch die Übernahme des Summendepots ist der Depositar

[18] Vgl. Strohal l. c. S. 192.

[19] Der oben citierte Schlusssatz des § 640 (2. Lesung), den § 618 des 1. Entw. noch nicht hatte, ist bekanntlich aus dieser Tendenz hervorgegangen.

[20] Dass die Abweichung vom dep. regulare (nach § 640 cit.) „ausdrücklich", oder (nach dem Beschlusse des Juristentages) „schriftlich" bedungen sein muss, bessert daran natürlich nichts; vgl. auch Strohal l. c. S. 199.

[21] § 959 stellt überhaupt nicht auf die Vereinbarung der Zurückstellung von tantundem statt idem ab, sondern auf das Gebrauchsrecht des Depositars; vgl. oben S. 356 f.

[22] Es ist gewiss inconsequent, wenn der oben N. 14 citierte Artikel der N. fr. Presse v. 1891 zugibt, der Umtausch der Stücke im Depot sei dem Geschäftszwecke gemäß „irrelevant", er könne „redlicherweise" vorkommen, und dann doch wieder behauptet, „eine Befugnis zum Umtausche bestehe nicht".

[23] So Levy Verhandl. IV S. 223 f., und besonders Finger Veruntreuung von Barcautionen S. 36 ff.; vgl. auch Slg. 8038.

zunächst zwar noch nicht Eigenthümer der Stücke geworden, aber ermächtigt, sich dieselben gegen Substituierung anderer Stücke derselben Zahl und Art anzueignen. Macht er von dieser Ermächtigung Gebrauch, so erwirbt er, durch brevi manu traditio, Eigenthum der ursprünglich deponierten Stücke, er acceptiert die im Verwahrungsvertrage enthaltene eventuelle Traditionsofferte. Eben dadurch aber wird er verpflichtet, als Gegenwert andere Stücke in das Depot des Kunden einzulegen; und indem er dieser Pflicht nachkommt, überträgt er seinerseits das Eigenthum der neuen Stücke auf den Deponenten durch ein constitutum possessorium, zu welchem dieser gleichfalls schon im vorhinein seinen Consens gegeben hat. Somit erscheint trotz des Wechsels der Stücke der Deponent stets als Eigenthümer der jeweils in seinem Portefeuille thatsächlich erliegenden species. So einfach dies sich nun darstellt, so vermag es m. E. doch nicht zu befriedigen; denn die Consequenzen dieser Theorie decken nicht durchaus die empirischen Zwecke des Verhältnisses. — Zunächst ist 1. dieses constitutum possessorium nicht ohne Bedenken. Wenngleich man im Sinne des a. b. Gb. mit der Annahme eines constitutum possessorium ziemlich liberal sein kann, insbesondere auch die stillschweigende Erklärung des Veräußerers, „daß er die Sache künftig im Namen des Übernehmers inne habe" (§ 428), genügen mag, so muß doch immer wenigstens Wille und Bewußtsein der Veräußerung auf Seite des bisherigen Eigenthümers vorausgesetzt werden.[24] Erwägt man nun, daß die praktische Gestaltung des „Summendepots" gerade darin wurzelt, daß der Bankier auf die Unterscheidung der einzelnen Stücke des Depots eines Kunden von den gleichartigen Stücken im Depot eines anderen Kunden, oder in seinen eigenen Beständen, sein Augenmerk nicht zu richten braucht,[25] so ist klar, daß er gar häufig von dem bei seiner Gebarung mit den Effecten einer gewissen Gattung erfolgten Umtausche einzelner Stücke ebensowenig etwas wissen wird, wie seine Depotkunden. In solchen Fällen noch von einer „Übergabe durch Erklärung" zu reden, läuft auf eine bloße Fiction hinaus, durch welche füglich nur die Thatsache festgestellt, nicht aber erklärt wird, daß eben der Deponent ipso jure Eigenthümer des jeweils wechselnden Bestandes seines Depots wird. — 2. Nach der geschilderten Auffassung erscheint der Depositar gleichsam dazu bevollmächtigt, als Vertreter des Deponenten einen Tausch der Effecten „in sich selbst" zu vollziehen. Indem der Bankier Stücke aus dem Depot eines Kunden entnimmt, wird er deren Eigenthümer, weil er hiezu durch den Vertrag befugt ist. Unterläßt er sodann die ordnungsmäßige Substituierung anderer Stücke in jenem Depot, so verletzt er seine Pflicht. Aber diese Pflichtwidrigkeit, die lediglich in der Nichterfüllung der aus jenem Tauschgeschäfte erwachsenen Obligation zur Gegenleistung besteht, kann weder an sich den Thatbestand einer „Unterschlagung" bilden, noch

[24] Vgl. nur Exner Tradition S. 142 ff., Randa Besitz S. 464 ff., Finger l. c. S. 37 f.

[25] S. oben N. 11.

kann sie nachträglich jene rechtmäßig auf Grund der Ermächtigung des Deponenten geschehene Entnahme von Stücken aus dem Depot zur Unterschlagung stempeln[26] — so wenig, wie etwa der Käufer, welcher die Ware in Empfang nimmt, aber den Kaufpreis schuldig bleibt, dadurch eine „Veruntreuung" begeht. Und doch ist zweifellos die Rechtsauffassung des Geschäftsverkehrs in diesem Punkte viel empfindlicher; sie erblickt in der That in der Entnahme von Effecten aus dem Summendepot ohne Deckung des Abganges eine Depositenunterschlagung. — 3. Eine bedenkliche Consequenz dieser Auffassung endlich liegt in Folgendem. Der Bankier, welcher statt der dem Depot eines Kunden entnommenen Stücke solche aus Eigenem einlegt, veräußert dieselben (durch constitutum possessorium).[27] Gesetzt nun, dieser Vorgang spielte sich erst in jenem kritischen Zeitraume vor dem Zusammenbruche des Geschäfts des Depositars ab, in welchem ihm nach dem geltenden Rechte auch solche Veräußerungen nicht mehr freigelassen sind, zu denen er bestimmten Personen gegenüber verpflichtet war, so dürfte der Bankier die in dem Depot geschaffene Lücke unter Umständen gar nicht mehr durch Einlegung von in seinem Besitze befindlichen Stücken ergänzen, bzw. nach Eröffnung des Concurses könnte möglicher Weise diese Ergänzung als eine „Begünstigung" des Deponenten von der Gläubigerschaft angefochten werden, nach § 6 Anf.-Ges.![28] — Alles dies spricht gegen die Auffassung, welche das fragliche Verhältnis zerlegt in eine Ermächtigung des Depositars zur Aneignung der hinterlegten Stücke einerseits und einen obligatorischen Anspruch des Deponenten anderseits auf Einlegung anderer Stücke, nach Art eines Tauschvertrages. Alles dies zeigt aber auch deutlich die Richtung, in welcher die Lösung des Problems zu suchen ist. Der Deponent soll und muss bei dem „Summendepot" so gestellt sein, dass die zum Ersatze für die jeweils seinem Depot entnommenen Stücke bestimmte Summe gleichartiger Stücke aus den Beständen des Depositars ihm dinglich verfangen erscheint. In dem Augenblicke, wo der Bankier dem Depot eines Kunden Stücke entnimmt, muss dieser ipso jure den dinglichen Anspruch auf die entsprechende Stückzahl aus dem Vorrathe des Bankiers erlangen.[29] Sofern dieser Vorrath ausreicht, bleibt also das Depot trotz jener Entnahme von Stücken reell gedeckt, nicht bloß durch die Pflicht des Bankiers zur Deckung indirect geschützt. Hält man sich daran, so ist klar (ad 1), daß der Depositar, welcher die neuen Stücke in das Depot (Portefeuille) einreiht, nicht lediglich eine obligatorische Pflicht zur Lieferung erfüllt, sondern einem dinglichen Anspruche des Deponenten Genüge thut, gerade so wie der Depositar beim depo-

[26] Vgl. Finger l. c. S. 45 f.

[27] Er schließt, wie Cohn S. 896 in in der That folgert, „ein neues Geschäft" ab.

[28] Vgl. auch Strohal l. c. S. 205.

[29] Ich weiß recht wohl, dass damit über die in unserer Theorie festgehaltene These hinausgegangen wird, dass die Fungibilität nur für obligatorische Rechtsverhältnisse, nicht aber für dingliche von Belang sei (s. nur Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 401 f.); zur Rechtfertigung dessen s. unten S. 387 f., vgl. auch Lesse Gutachten I S. 398.

situm regulare durch die Zurückstellung der übernommenen species. Es handelt sich also nicht erst um eine Eigenthumsübertragung, ein constitutum possessorium, sondern bloß um die thatsächliche Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes.[30] Eben daraus ergibt sich (ad 3), dass dies keine „Veräußerung" ist, welche irgendwie der Anfechtung durch die Concursgläubiger verfallen könnte. Endlich (ad 2) liegt hiernach in der Entnahme von Stücken aus dem einzelnen Effectendepot keine Unterschlagung, wenn und soweit die (dingliche) Deckung dafür in den Effectenbeständen des Bankiers thatsächlich vorhanden ist, wohl aber, wenn und soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft.[31] — Von diesem Standpunkte aus dürften sich auch gewisse specielle Fragen, die hier auftauchen, befriedigend beantworten lassen. Hätte der insolvent gewordene Bankier das Effectendepot seines Kunden nicht, wie es seine Pflicht war, gesondert verwahrt gehalten, es fänden sich aber bei Eröffnung des Concurses Wertpapiere der betreffenden Gattung in der Masse vor, so ist der Depositenkunde gleichwohl nicht auf die Geltendmachung einer Ersatzforderung im Concurse angewiesen, sondern er fordert auf Grund der „dinglichen Verfangenschaft" dieser Deckung die entsprechende Stückzahl als Aussonderungsberechtigter zurück, wie der Hinterleger eines gewöhnlichen depositum regulare das deponierte Sachindividuum. Hätte jedoch der Bankier von mehreren Deponenten gleichartige Effecten in Depot genommen, sie alle aber nicht wirklich getrennt verwahrt, und es reichte nun die in der Concursmasse vorhandene Menge derartiger Papiere zur Deckung aller nicht aus, so ergibt sich durch die Concurrenz der Aussonderungsansprüche aller betheiligten Deponenten eine proportionale Reduction, ein verhältnismäßiger Verlust des Depositums für jeden Einzelnen; denn die Gefahr der den Deponenten bloß quantitativ verfangenen Deckung muss alle in gleicher Weise treffen. — Und nun zu der Gewissensfrage für die vorstehend vertretene Theorie: Ist das, was deren Angelpunkt bildet, die „dingliche Verfangenschaft" der zur Deckung derartiger Depositen erforderlichen „Summe", die „Quantitätsvindication", welche dem Deponenten zugesprochen wurde, haltbar auf dem Boden des geltenden Rechts? Dass dieselbe eine directe Bekräftigung im Gesetzbuche nicht findet, braucht kaum gesagt zu werden; indes, bei der Kargheit der einschlägigen Normen des a. b. Gb. ist damit über diese Theorie nicht schon der Stab gebrochen. In Wahrheit aber ist eine „Quantitätsvindication", wie sie hier vorausgesetzt wurde, im Bereiche des österreichischen Privatrechts nichts Unerhörtes, sowie übrigens auch die römischen Juristen, trotz des schroffen Gegensatzes zwischen dinglichem und Forderungs-Recht (Vindication und Condiction), dort wo das „Zweckmoment im Rechte" dazu drängte, vor der Anerkennung eines unmittelbaren dinglichen Anspruchs auf eine

[30] Es kommt auf den Willen des Depositars nicht an; der Deponent wird daher Eigenthümer auch der zufällig in seinem Portefeuille vertauschten Stücke.

[31] So treffend die oben N. 4 angeführte Cassationsentscheidung, welche überhaupt das Verdienst beanspruchen darf, die von der Civilistik übersehenen Zwischenglieder zwischen dep. reg. und irreg. gut zu unterscheiden.

Summe nicht individuell bestimmter Stücke nicht zurückschreckten.[32] Das a. b. Gb. kennt eine Quantitätsvindication in einem Falle, welcher mit dem hier besprochenen zwar nicht identisch aber doch nahe verwandt ist, nämlich bei Vermengung trockener oder flüssiger Quantitäten verschiedener Eigenthümer. Denn das „Miteigenthum", welches § 415 für den Fall entstehen läßt, dass „die Absonderung nicht möglich" ist, bildet im Sinne des Gesetzes nur die juristische Handhabe dafür, dass, ganz so wie wenn die „Absonderung" noch im specie thunlich wäre, „einem jeden Eigenthümer das seinige zurückgestellt" werde; d. h. der einzelne hat nicht etwa erst eine actio communi dividundo anzustellen,[33] sondern die Eigenthumsklage auf Herausgabe der ihm zukommenden Quantität.[34] Aber auch sonst besteht nach der Auffassung des a. b. Gb., wie in neuerer Zeit mehrfach mit Recht betont worden ist, zwischen der „Rückforderung" durch dingliche Klage und durch Condiction nicht jene unüberbrückbare Kluft, wie für die streng romanistische Doctrin.[35] So dürfte es denn, nach dem Geiste unseres positiven Rechts, nicht allzu gewagt erscheinen, wenn, anknüpfend an den Gedanken des § 415 einem dinglichen Deckungsanspruche des (Summen-)Deponenten das Wort geredet wird, gegenüber dem Depositar, welcher die in Depot genommenen Effecten, wenn auch vielleicht nicht buchstäblich, so doch geschäftlich mit dem eigenen Bestande

[32] Es sei hier nur erinnert an die „in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cujusque esse" der L. 5 pr. D. de R. V. 6, 1 und L. 3 § 2 eod. (vgl. zu dieser „Quantitätsvindication" Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 28 f., S. 79, Dernburg P. I § 210, Bekker P. I § 75 Beil. III), oder an die Art, wie die (allerdings stark interpolationsverdächtige — vgl. Gradenwitz Interpolat. S. 14, Eisele Ztschr. d. Sav. Stiftg. XIII S. 125 f.) L. 1 § 36 D. depos. 16, 3 an einen der mehreren Erben aus der vom Erblasser hinterlegten „pecunia in sacculo signato" die seiner Quote entsprechende Summe ausfolgen läßt. — Von besonderem Interesse aber, weil auch dieser zu einer Substitutionspflicht, bezw. einem Substitutionsrecht, mit dinglicher Wirkung führt, ist der römische „Dispositionsnießbrauch" an Vermögensmassen, welchen Kohler Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 221 ff. trefflich beleuchtet hat.

[33] Vgl. dazu unten § 55 N. 11.

[34] Diese, übrigens, wie bereits oben § 9 N. 51 bemerkt, auf dem römischen Rechte (oben N. 32) basirende Auffassung der österreichischen Gesetzgeber, tritt in den entsprechenden Stellen der Vorgänger des a. b. Gb. ganz deutlich zu Tage. So hatte der Entw. Horten's II, 4 § 10 ausführlich dargelegt, dass „bewegliche Sachen alsdann für absönderlich gehalten" werden, „auch wenn bei vermischten oder vermengten Sachen ein Jeder durch verhältnismäßige Theilnehmung an dem Ganzen eben dasjenige zurückerhalten kann, was er vor der Vermischung gehabt"; der Entw. Martini's II, 5 § 15 sagte schon kürzer, aber ebenso klar: „Kann der vereinigte Sachtheil . . . abgesöndert, oder kann durch die Abtheilung verzehrbarer (d. i. vertretbarer) Sachen ebensoviel erhalten werden, so ist einem jeden Eigenthümer das Seinige zurückzustellen." Noch kürzer bestimmte Wg. Gb. II § 147: „Können dergleichen vereinigte, vermengte oder vermischte Sachtheile wieder abgesondert werden, so wird einem jeden Eigenthümer sein Antheil zurückgestellt"; und ganz ebenso lautete Zeiller's erster Antrag (Ofner I S. 272), aus welchem dann erst bei der Superrevision des a. b. Gb., offenbar ohne damit meritorisch etwas ändern zu wollen, das Wort „abgetheilt" weggelassen wurde.

[35] Vgl. über diesen Punkt oben S. 217 f.

gleicher Gattung vermengt. — Zum Schlusse darf endlich auf einen Rechtsgedanken des Handelsgesetzes hingewiesen werden, dessen Bedeutung gerade für die Bankdepositengeschäfte neuestens Strohal[36] hervorgehoben hat. Strohal hat überzeugend dargelegt, dass, wenn nach Art. 368 H. G. B. die Forderungen des Commissionärs gegen Dritte aus dem für Rechnung des Committenten geschlossenen Geschäfte „im Verhältnisse zwischen dem Committenten und dem Commissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Committenten" zu gelten haben, auch die durch Einziehung dieser Forderungen an den Commissionär gelangten Waren oder Effecten ebenso behandelt werden müssen,[37] d. h. dass dem Deponenten bezüglich der vom Bankier commissionsweise für sein Depot angeschafften Effecten, ohne dass es diesbezüglich erst einer Übertragung bedürfte, im Concurse des Depositars ein Aussonderungsrecht zusteht. Muss nun nicht ebenso geurtheilt werden, wo es sich nicht erst um die commissionsweise Anschaffung der in das Depot zu nehmenden Stücke handelt, sondern um die Erfüllung der nach dem Verwahrungsvertrag dem Bankier in erster Linie obliegenden Pflicht, die Lücken des Depots aus den eigenen Beständen auszufüllen? Müsste nicht auch hier der Gedanke des cit. Art. 368 entscheiden, dass die zur Deckung des Depots bestimmte Menge von Effecten des Bankiers „im Verhältnisse zu seinen Gläubigern" als Effecten des Deponenten gelten? — Ich glaube, dass mit Rücksicht auf alles dies die hier versuchte Construction des regulären Summendepositums der sicheren juristischen Fundamente nicht mehr entbehren dürfte.

§ 55.

2. Das Vermengungsdepositum (Sammeldepositum).

Für die Hinterlegung vertretbarer Objecte hat das Verkehrsleben noch eine weitere Gestaltung herausgebildet, bei welcher die in Obsorge gegebenen Stücke nicht in specie, wohl aber vermengt, in eine Masse vereinigt mit den gleichartigen Depositen anderer Kunden des Depositars, reell aufzubewahren sind. Dafür dürfte sich der Name „Vermengungsdepositum", „Sammeldepot" empfehlen.[1] Der jeweilige Anspruch des Hinterlegers, die actio depositi directa, geht demgemäß nicht auf die Zurückstellung der identischen Stücke, sondern auf Herausgabe der seiner Einlage entsprechenden Quantität aus der Gesamtmasse der Depositen dieser Gattung. Gleichwohl liegt auch hier nicht schon deshalb ein „depositum irregulare" vor,[2] weil der

[36] Verhandlungen d. XXII. deutsch. Juristentags IV S. 203 ff.

[37] Vgl. übrigens auch R. O. H. G. XI S. 11, und Rießer Zur Revision d. Handelsgesb. I S. 80 f.

[1] Vgl. Strohal l. c. S. 195 ff., Adler S. 148 ff.

[2] Es war daher begründet, wenn bei Berathung des Gesetzes v. 28. Apr. 1889, R. G. B. 64, über die Errichtung

Depositar nicht für idem, sondern nur für tantundem haftet. Denn die übernommenen Fungibilien sind dem Verwahrer nicht zur freien Verfügung gegeben, sondern zur reellen, wenn auch nicht abgesonderten, Aufbewahrung. Er muß jederzeit die Summe aller von seinen verschiedenen Kunden in Depot genommenen Mengen von Objecten dieser Gattung thatsächlich verwahrt halten, nicht bloß, wie bei dem „unregelmäßigen" Depot, eine bankmäßige Deckung[3] für dieselben. Er ist also wirtschaftlich nicht in der Lage, auch nur den kleinsten Teil derartiger Depositen für sich nutzbar zu machen.[4] Der einzelne Deponent „creditiert" ihm nicht; jeder Deponent bleibt an seiner Quote der Gesamtmasse eigenthumsberechtigt, kann diesen Antheil veräußern,[5] und ihn im Concursfalle vindicieren. Somit ist auch diese Modification des Verwahrungsvertrages noch zur Kategorie des „depositum regulare" zu zählen.[6]

Der Unterschied dieser Abart von dem oben besprochenen „Summendepositum" ist sehr erheblich. Bei letzterem hat der Depositar die übernommene Quantität für jeden Deponenten individuell ausgesondert zu verwahren, er ist nur zum Umtausch der Stücke innerhalb des einzelnen Depots befugt; hier ist er zur Vermengung mit anderen Depots ermächtigt. Vertragsgemäß also tritt hier der einzelne Hinterleger in eine rechtliche Gemeinschaft mit allen anderen. Ein — erlaubter oder unerlaubter — Eingriff in das Depot eines Einzelnen ist begrifflich ausgeschlossen; wohl aber begeht der Depositar eine Unterschlagung, wenn er von der Gesamtmenge der vereinigten Depots ein Stück sich aneignet. Und damit ist der praktisch wichtigste Punkt berührt.

Auf Grund dieser Gemeinschaft ist de jure auch die Gefahr zu einer allen Deponenten gemeinschaftlichen gemacht. Jede Verschlechterung, jeder zufällige Verlust, jede Entwendung aus der bei dem Depositar befindlichen Gesamtmasse der Depositen gleicher Gattung

öffentlicher Lagerhäuser der Ausschuß des Abgeordnetenhauses X. Session, Beil. 711) die Reg.-Vorlage (ebend. Beil. 583) unzureichend fand, welche bezüglich der vermengten Einlagerung lediglich (§ 30 al. 3) gesagt hatte, es könne „das Reglement bestimmen, daß statt der hinterlegten Waren eine entsprechende Menge gleichartiger Ware auszufolgen ist".

[3] S. oben S. 361; vgl. Adler S. 150 N. 8.

[4] Es wird dies besonders klar, wo, wie für öffentliche Lagerhausunternehmungen (Ges. v. 28. Apr. 1889 cit. § 12), dem Depositar jede Speculation mit Waren der Gattung, welche bei ihm hinterlegt werden können, gesetzlich untersagt ist.

[5] U. zw. mit dinglicher Wirkung, nicht bloß im Sinne einer Cession seiner actio depositi.

[6] Vgl. oben § 50 N. 8; Adler S. 150.

trifft, pro rata parte, alle Deponenten dieser Kategorie in gleichem Maße. Darin vor allem liegt ein Gegensatz gegen die Gestalt des „Summendepositums". Auch bei diesem wird, wie oben gezeigt wurde, die Gefahr für alle Deponenten gemeinsam von dem Augenblick an, wo der Bankier pflichtwidrig ihre Depots thatsächlich nicht mehr gesondert hält.[7] Anders bei dem Vermengungsdepot. Die Vereinigung der gleichartigen Depotbestände ist hier von rechtswegen begründet,[8] zu Gunsten wie zu Lasten der Deponenten. Der Depositar kann daher gar nicht durch einseitige, willkürliche, Aussonderung der einem einzelnen Deponenten gebürenden Quantität dessen Depot zu einem selbständigen machen und dadurch die Gefahr der thatsächlich für ihn ausgeschiedenen Stücke gerade auf diesen einen wälzen.[9] Die Gefahr bleibt trotz der Separation der Massen eine allen Deponenten gemeinsame.

Die juristische Construction — nach den Ausführungen in dem Zusatze des § 54 bedarf es darüber nur weniger Worte — wird nun die Vorgänge bei dem Vermengungsdepositum in einfacher Weise erklären. Die Übergabe des Depots begründet hier Miteigenthum aller Deponenten[10] an der Gesamtmasse der gleichartigen Depositen, aber ein Miteigenthum nach quantitativ bestimmten Antheilen, zu dessen Auseinandersetzung es niemals erst eines judicium communi dividundo bedarf,[11] sondern einfach der Vindication der ihm gebürenden Quantität seitens des einzelnen Betheiligten. Auch hier wieder kann das a. b. Gb. (§ 415) nicht unmittelbar als Zeuge angerufen werden; denn, wie bemerkt, entsteht das Miteigenthum zwischen den Deponenten nicht erst durch die thatsächliche Vermengung der Depots.[12] Aber die durch den Vertrag selbst begründete

---

7 S. oben S. 387.

8 Durch den Vertrag, d. i., da es sich um einen Realcontract handelt, die Übergabe des Depositums, nicht erst durch die thatsächliche Vermengung, wie das Adler S. 149 für das Lagergeschäft mit Recht betont.

9 Vgl. dazu Adler S. 149. — Sehr bedenklich erscheint daher eine Clausel, wie sie die oben § 54 N. 9 erwähnten Geschäftsbestimmungen des „Mercur" enthalten: „Die . . . Wertpapiere ꝛc. . . . werden in der Regel unseren eigenen Beständen angereiht . . . Es steht uns jedoch jederzeit frei, Nummernaufgabe zu ertheilen."

10 Nicht aber Eigenthum des Depositars, wie bei dep. irregulare, wo die Nutzung des Depositums zur causa der Übergabe gehört; vgl. dazu Sachs Ztschr. f. Handelsr. XVIII S. 421 f., Adler S. 151 f., Cohn S. 919 N. 132.

11 Gegen den „unpraktischen Doctrinarismus", welcher darin eine Schwierigkeit findet, s. Lesse l. c. Gutachten I S. 398 f., Adler S. 151 (vgl. Sachs l. c.) und die Ausführungen oben § 54 N. 34.

12 Deshalb scheinen mir die Bedenken, welche Sachs l. c. S. 423 ff. gegen die von ihm referierte Auffassung der amerikanischen Jurisprudenz vorbringt, nicht begründet. — Das oben,

Gemeinschaft steht jener factischen Vermischung so nahe, dass die Annahme einer „Quantitätsvindication" nach dem Muster des § 415 gewiss keinem Bedenken unterliegt.

Das Miteigenthumsverhältnis wird somit begründet — um die juristische Analyse noch weiter zu führen — nicht durch die reelle Vermengung, es ist keine „communio incidens" in diesem Sinne; es entsteht aber natürlich auch nicht durch einen unmittelbar zwischen den Theilhabern geschlossenen Vertrag.[13] Die rechtliche Grundlage ist vielmehr die von jedem einzelnen Deponenten in dem Hinterlegungsvertrage dem Depositar ertheilte Ermächtigung zur Herstellung dieser Gemeinschaft. Sowie er also bei dem „Summendepot" auf Grund der vertragsmäßigen Ermächtigung Tauschgeschäfte bezüglich der in Depot genommenen Stücke „in sich selbst" vollzieht, so vermittelt hier der Depositar auf Grund der von jedem einzelnen erhaltenen Ermächtigung die Gemeinschaft zwischen allen Deponenten.

Auch die jetzt geschilderte Abart des depositum regulare hat in dem Systeme unseres Obligationenrechts das Bürgerrecht noch nicht erlangt,[14] obgleich wenigstens eine praktische Anwendung derselben sogar schon die Sanction des positiven Rechtes genießt; es ist dies die Einlagerung gewisser fungibler Handelsartikel (Getreide, Petroleum, Alkohol u. dgl.) in öffentlichen Lagerhäusern unter Vermengung der Waren gleicher Gattung verschiedener Einlagerer („alla rinfusa").[15] Das österreichische Lagerhausges. v. 28. April 1889, R. G. B. 64, § 48 gestattet den Lagerhausunternehmungen, unter Genehmigung der Regierung diese Art von Vermengungsdepositum in ihren Reglements näher zu bestimmen. Auf Grund dessen wird nun von einzelnen Lagerhäusern Österreichs in Bezug auf Spiritus (Alkohol)[16] diese Art von Lagergeschäft thatsächlich betrieben.[17]

---

§ 9 Zus., über das Verhältnis der §§ 415 und 371 a. b. Gb. Gesagte wird dadurch natürlich nicht berührt, dass hier die Analogie der in ersterer Gesetzesstelle anerkannten „Quantitätsvindication" (vgl. oben § 54 N. 34) auch für die vertragsmäßige Vereinigung der Depositen von Wertpapieren angerufen wird, für deren Eigenthumserwerb sonst § 371 maßgebend wäre.

[13] In diesem Sinne spricht Adler S. 149 von einem „dinglichen Vertrag cum incerta persona."

[14] Das am Anfange des Zus. zu § 54 Gesagte trifft auch für das „Vermengungsdepot" zu. So findet dasselbe namentlich bei Cohn S. 919 keine Würdigung, weil er zwischen dem streng regulären und dem extremen irregulären Depositum kein Mittelding kennt.

[15] Dieses „Vermengungs-Lagergeschäft" hat nun allerdings auch eine theoretische Darstellung gefunden bei Adler l. c.

[16] In Amerika spielt die Einlagerung alla rinfusa namentlich im Getreidehandel eine große Rolle; vgl. Pereira Getreidebanken (Wien, 1881).

[17] Vgl. das Reglement f. d. Lagerhaus der Stadt Wien v. 16. Nov.

Aber in derselben Weise kann ein Vermengungsdepositum gewiss auch bei Übernahme von Effecten zur Verwahrung durch Banken oder Bankiers vorkommen;[18] allerdings nur in seltneren Fällen. Im Zweifel wird, wo nicht streng reguläres Depositum, so das oben erörterte Summendepositum als gewollt anzunehmen sein. Und falls bei der Hinterlegung deutlich auch von der gesonderten Verwahrung der Effectensumme für den Deponenten abgegangen ist, wird erst noch die Interpretationsfrage zu entscheiden sein, ob damit nicht schlechthin ein depositum irregulare begründet erscheint.[19] Immerhin aber kann diese Frage dahin zu beantworten sein, dass der Bankier die Effectenbestände zwar nicht gesondert für jeden Kunden, wohl aber reell für die Gesamtheit aufzubewahren habe, d. i. als „Vermengungsdepot" in dem hier dargelegten Sinne. Als solche dürften insbesondere die Depots von Staatspapieren zu betrachten sein, welche die österreichische Postsparcasse für ihre Einleger übernimmt.[20]

Ein ähnliches Verhältnis endlich — allerdings kein Verwahrungsvertrag[21] — obwaltet nach den bestehenden Vorschriften bei den Gelddepositen der gerichtlichen Hinterlegungsstellen. Diese

1891 § 6, § 28 und für das Lagerhaus der 1. österr. Actiengesellschaft f. öff. Lagerhäuser in Wien v. 12. März 1890 § 61: „Bei Alkohol, welcher .... zur Einlagerung in die eisernen Reservoirs gelangt, erklärt sich der Hinterleger stillschweigend damit einverstanden, dass seine Ware mit den von Seiten anderer Einlagerer hinterlegten Spiritusvorräthen zusammengeschüttet, und begibt sich demgemäß .... der Berechtigung, zu fordern, dass ihm seitens der Unternehmung dieselbe Ware, welche er hinterlegte, bei der Auslagerung zurückgestellt werde."

[18] Vgl. Strohal l. c. S. 197.

[19] So dürfte insbesondere die Vereinbarung zu interpretieren sein, dass die in Depot genommenen Effecten vom Depositar „den eigenen Beständen angereiht werden" (vgl. oben § 54 N. 9).

[20] Bei der Schwierigkeit genauerer Einsichtnahme in die interne Geschäftsgebarung des k. k. Postsparcassenamtes möchte ich in diesem Punkte kein abschließendes Urtheil fällen. Für die Auffassung als „Sammeldepot" — für welche auch Strohal l. c. S. 196 sich geäußert hat — spricht aber Folgendes: Die Postsparcasse verwahrt die Effecten der einzelnen Einleger nicht, wie bei dem „regulären Summendepot", in gesonderten Portefeuilles, sondern führt für dieselben nur ein „Depot-Conto", als dessen Auszug das dem Einleger eingehändigte sog. Rentenbüchel erscheint. Auf Grund des letzteren kann der Einleger die ihm gebürende Stückzahl aus den Beständen des Amtes, bezw. den darauf entfallenden Zinsenbetrag, einfordern; die Nummern der nicht verlosbaren Papiere enthält das Rentenbüchel nicht. Vgl. darüber die Zusammenstellung der Vorschriften über den „Postsparcassen-Dienst bei den Sammelstellen" von Schön (4. Aufl. Wien 1892) S. 70 f. (§ 53 der Instruction). Anderseits kann man das doch nicht schlechthin als dep. irregulare behandeln angesichts der ausgesprochenen Verpflichtung der Postsparcasse (§ 40 Vdg. v. 10. Oct. 1882, R. G. B. 163), „die für Rechnung der Einleger gekauften Staatspapiere .... aufzubewahren". Es muss daher ein reelles, aber für alle Einleger (von Papieren derselben Sorte) gemeinsames Depot vorausgesetzt werden.

[21] Vgl. oben S. 348.

Depositen werden in der Regel nicht gesondert gehalten, aber auch nicht als einfache Geldschuld des Depositenamtes betrachtet, sondern als ein gemeinsamer Bestand, der auf gemeinsame Gefahr aller Deponenten verwahrt wird.[22]

3. Im Anschlusse an die hier erörterten Bankdepositen kann schließlich noch eine eigenthümliche Abart des Depositums Erwähnung finden, obgleich sie nicht zu dem irregulären Depositum in Beziehung steht. Es sind dies die in neuester Zeit von vielen Bankinstituten eingeführten Privatdepots mit eigenem Verschlusse (safe deposits). Zur Aufbewahrung von Wertsachen, Documenten (nicht aber Geld) stellen diese Banken in ihren feuer- und einbruchsicheren Räumen (Tresor) dem Kunden gegen bestimmte Gebüren ein Fach einer Casse in der Weise zur Verfügung, dass dasselbe unter besonderem Verschlusse des Kunden (in dessen Besitz der eine Schlüssel übergeht) und Mitsperre der Bank bleibt.[23] Das Rechtsverhältnis ist depositum, nicht Miete (des Faches);[24] denn die Bank überlässt nicht einfach den Raum für die Aufbewahrung, sondern übernimmt die Obsorge für den Inhalt dieser Privatcasse, indem sie, wie die betreffenden Geschäftsbestimmungen betonen, für die Überwachung des Verschlusses, sowie dafür haftet, dass nur dem dazu Legitimierten die Öffnung des Faches gestattet werde. Selbstverständlich ist dabei nur von einem streng regulären Depositum die Rede; ist doch durch die eigene Sperre des Deponenten ganz besondere Vorkehrung gegen jeden Zugriff des Depositars getroffen. Allerdings aber erscheint gerade dadurch die Diligenzpflicht des Depositars thatsächlich reduciert. Eben jene Maßregel, welche dem Deponenten größere Sicherheit gegen den dolus des Depositars gewährt, kann unter Umständen dessen Sicherheit gegenüber anderen Gefahren vermindern.[25]

[22] Vdg. v. 21. Febr. 1870, R. G. B. 17, Fin. Min. Erl. v. 5. Dec. 1850, R. G. B. 461 Nr. 10; darüber vgl. Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. VI S. 671.

[23] Besondere Bestimmungen über diese Art von Depositen haben z. B. die n. ö. Escomptegesellschaft und die österr. Länderbank kundgemacht.

[24] Vgl. über diese Unterscheidung oben S. 289. — Da es sich um ein depositum handelt, so ist namentlich auch § 966 anwendbar.

[25] Da der Depositar allein das Fach nicht öffnen kann, so wird er möglicher Weise bei irgend einer plötzlichen Gefahr auch für die Rettung des Inhalts nicht einstehen können.

V.

Die Gastaufnahme.

A. b. Gb. §§ 970, 1316. — Scheiblein Miscellen IV (1821) S. 107—115; L. Schuster Haimerls Magazin IX S. 65—73 (1854); Unger Grünhuts Ztschr. VIII S. 239—253; Pfaff ebend. S. 725—747 (1881); Krainz II, 2 § 359. — Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. III S. 58 ff. S. 331 ff. (1860); Buddeus in Weiskes Rechtslex. IV v. „Gastwirte"; Harder Ztschr. f. Civilr. u. Prozeß, N. F. XVIII S. 221—233 (1861); Weis Arch. f. prakt. Rechtswiss., N. F., V S. 280—319, 335—401 (1868); Gruchot Beiträge z. Erläut. d. Deutsch. R. XVIII S. 61—102 (1874); Sturm Die Haftpflicht d. Gastwirte (1892). — Arndts § 289; Windscheid § 384; Dernburg Pr. R. II § 213; Förster-Eccius II § 140; Sintenis Das prakt. Civilr. II § 120.

§ 56.

A. Im Allgemeinen.

1. Anknüpfend an das römischrechtliche receptum nautarum, cauponum, stabulariorum,[1] welches auf die Entwicklung des modernen Verkehrsrechtes überall von größtem Einflusse gewesen ist,[2] hat auch das a. b. Gb. für „Wirte, Schiffer, oder Fuhrleute" in den §§ 970 und 1316 Besonderes verordnet, ohne freilich damit von den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts so weit abzugehen, wie das gemeine Recht.[3] Seither sind aber die „Fuhrleute", d. i. Personen, welche gewerbsmäßig[4] den Gütertransport zu Lande besorgen, desgleichen Binnenschiffer, den Vorschriften des Handelsgesetzbuches über das Frachtgeschäft unterworfen,[5] während für den Gütertransport zur See das Seerecht maßgebend ist.[6] Von praktischer Bedeutung im Gebiete des allgemeinen österreichischen Privatrechts sind daher die genannten §§ 970 und 1316 heute nur mehr, so

---

[1] Dig. 4, 9: „Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant." Vgl. Zeiller III S. 210*). Auch das preuß. Recht hat das römische zum Vorbild; s. Dernburg S. 653.

[2] Vgl. Goldschmidt §§ 12, 13.

[3] Vgl. unten S. 399.

[4] Daß auch § 970 nur das gewerbsmäßige receptum im Auge hat, s. unten zu 2.

[5] H. G. B. Artt. 390, 421. — Über die verschiedene Bedeutung des Wortes „Schiffer" in § 1027 und den §§ 970 und 1316 s. Saxl, Beziehungen d. preuß. Landr. z. Codification unseres Civilr. S. 15.

[6] Auf die Übernahme der Beförderung von Gütern zur See leidet § 970 formell keine Anwendung mehr, seitdem dieselbe, in Art. 271 Z. 4 H. G. B., als absolutes Handelsgeschäft anerkannt ist. Als solches ist sie, dem Grundsatze des Art. 1 H. G. B. entsprechend, bei dem Mangel eines jus scriptum, in erster Linie nicht dem allgemeinen bürgerlichen Rechte, sondern dem Handelsgewohnheitsrechte unterworfen. Auf dem Wege der Gewohnheit ist aber in Österreich bekanntlich (vgl. Lewis in Endemanns Hdb. d. deutsch. Handelsr. IV S. 14) derzeit für das Privatseerecht der italienische Codice di commercio von 1808 recipiert, welcher die Haftung des Schiffers für Verlust und Beschädigung der Fracht nach ganz anderen Grundsätzen regelt als der § 970; vgl. besonders die Artt. 302, 401, 404 des cit. Codice.

weit sie von den Wirten handeln,[7] und die folgende Darstellung hat sich demgemäß hierauf zu beschränken.

2. Mit dem Ausdrucke „Gastaufnahme" wird dabei bezeichnet das Rechtsverhältnis der von einem Gastwirte bei der Aufnahme von Reisenden in sein Haus übernommenen Obsorge über die von letzteren eingebrachten[8] Sachen. Zur Abgrenzung des Begriffes muss aber sofort festgestellt werden, dass es sich um ein Sonderrecht für das Gewerbe[9] der Gastwirte handelt, d. i. für die gewerbemäßige Beherbergung von Reisenden, oder sonst vorübergehend einkehrender Personen,[10] in einem dazu eingerichteten Hause.[11] Ein receptum im Sinne des § 970 liegt daher nicht vor, wenn ein Gastwirt jemand nicht in seinem Gewerbe bei sich aufnimmt,[12] oder wenn der Wirt eines Kaffee- oder Schankhauses, einer „Restauration"

[7] So auch Unger S. 240, während unsere übrigen Schriftsteller sich darüber nicht klar aussprechen. So erörtert Krainz S. 267 ff. ausführlich die Norm der §§ 970 und 1316 auch für Schiffer und Fuhrleute; andere, wie Kirchstetter und Stubenrauch zu § 970, auch Slg. 9627, scheinen diese Normen auch auf die nicht gewerbemäßige Übernahme von Gütertransporten zu beziehen (dagegen s. unten 2), wonach dann allerdings auch neben dem Handelsgesetzbuche noch ein praktisches Anwendungsgebiet für dieselben übrig wäre. Ebenso natürlich, wenn § 970 auch den Personentransport umfasste, wie Rippel VI S. 298 behauptet; s. aber gegen diese irrige Meinung Schuster S. 67, Stubenrauch l. c. N. 3, Krainz S. 269. — Auch der D. Entw. normiert nur das receptum der Gastwirte, vgl. D. Mot. II S. 584 N. 2.

[8] § 970 spricht in diesem Sinne von „übergebenen", § 1316 von „übernommenen" Sachen; vgl. Unger S. 250 und unten S. 415.

[9] War doch auch das römische Edict über das receptum nur auf das Gewerbe der nautae ꝛc. gemünzt (L. 3 § 2 D. h. t., vgl. Goldschmidt S. 61, Weis S. 299). Auch § 626 D. Entw. spricht nur vom „Gastwirte, welcher gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt."

[10] Die Frage, über welche in Bezug auf zwei Fuhrleute gestritten worden ist (s. einerseits Kitka, Ztschr. f. öst. Rechtsgel. 1836 I S. 228 ff., Ellinger zu § 970, anderseits Schuster S. 70 f., Stubenrauch II S. 161 N. 2), ob die Haftung nach § 970 auch zwischen zwei solchen Gewerbsleuten unter einander platzgreife, wird für Gastwirte kaum ernstlich aufgeworfen werden.

[11] Ähnliche Definitionen bei Schuster S. 65, Krainz S. 267; etwas anders Wolff Absonderungsr. im Concurse (1892) S. 432. — Ob der Gasthausbesitzer die Concession zu dem Gewerbebetriebe hat — worauf mitunter Gewicht gelegt wurde, s. Buddeus S. 440 f.; Scheidlein S. 108 — ist für das privatrechtliche Verhältnis ohne Belang (so richtig Schuster S. 68 f., Wolff l. c. S. 431) oder doch nur als Symptom für den gewerbemäßigen Betrieb: Sintenis S. 694 N. 1. — Ebensowenig verschlägt es, ob der Gastwirt Kaufmann ist oder nicht.

[12] So, wenn er eine Wohnung in seinem Hause, so wie sonst ein Hauseigenthümer auf längere Zeit, vermietet — Zeiller III S. 308. Scheidlein Handb. II S. 411, Sintenis S. 695, Weis S. 301 —; oder, wenn er den ganzen Gasthof verpachtet — Weis S. 308; oder, wenn er Freunde als Gäste empfängt — Dernburg Pr. R. II S. 653, Krainz S. 268 N. 19 —, wenngleich sonst die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Gastaufnahme irrelevant ist (Weis S. 307). — Auch militärische Einquartierung fällt nicht unter den Gesichtspunkt des receptum, vgl. Buddeus S. 449, Gruchot S. 72 f.

oder sonst eines nicht zur Herberge bestimmten öffentlichen Locales[13] Gäste empfängt, oder endlich, wenn eine Person, welche nicht das Gewerbe des Gastwirts betreibt, eine Wohnung, sei es auch auf kurze Zeit und an Reisende, vermietet.[14] Überhaupt aber tragen diese Normen so sehr den Charakter eines jus singulare an sich, dass eine Ausdehnung derselben durch **analoge Anwendung der §§ 970 und 1316** Zusatz. auf andere Unternehmungen dem Geiste des Gesetzes zuwiderlaufen würde.

3. Der Rechtsgrund der Haftung der Gastwirte ex recepto ist ein Vertrag,[15] u. zw. ein Realcontract,[16] geschlossen durch die in dem Consense über die Aufnahme des Reisenden inbegriffene Willenseinigung über die custodia der auf Grund dessen thatsächlich eingebrachten Effecten.[17] Im übrigen mag das Rechtsverhältnis, vermöge welches jene Aufnahme selbst erfolgt, ein sehr verschiedenartiges sein — Miete, Lohnvertrag, Innominatcontract, wohl auch ein unentgeltliches Rechtsgeschäft.[18] Als solches folgt es den Rechtsnormen des betreffenden Obligationsverhältnisses. Insoferne dabei aber zugleich eine Haftung für Verlust oder Beschädigung der durch den Gast eingebrachten Sachen in Frage kommt, wird diese vom Gesetze als ein selbständiges Vertragsverhältnis[19] herausgehoben und seinen besonderen Normen

---

[13] So auch die herrschende Lehre, s. Gruchot S. 67, Förster-Eccius S. 344 N. 18, Wolff l. c. S. 432 N. 3, Dernburg l. c. S. 654, Schuster S. 65 f., Winiwarter IV S. 167, Stubenrauch l. c., Krainz S. 267, Slg. 2672; für die weitere Ausdehnung tritt ein Weis S. 302 ff.

[14] Auch wenn sie dem Mieter einen Theil der Kost liefert; Weis S. 300 f.

[15] Über den Rechtsgrund der obligatio aus dem receptum des classischen Rechts s. Goldschmidt S. 97, Dernburg P. II § 39 N. 3, Ude Ztschr. d. Sav. Stiftg. XII S. 66 ff., Lenel ebend. XIII S. 403.

[16] So auch Weis S. 312 f., Brinz P. (1. Aufl.) S. 442 f., Krainz S. 267; dagegen aber Goldschmidt S. 64 N. 10, Förster-Eccius S. 343 N. 12. Für das österr. R. ist das Receptum als Realcontract charakterisiert theils durch die Gleichstellung mit dem Depositum, theils schon durch den Wortlaut des § 970 („übergeben worden sind").

[17] Das Nähere s. unten §. 57.

[18] Vgl. oben N. 12; „bloßes Depositum" (so Dernburg S. 653) kann allerdings nicht vorliegen, da das receptum (vgl. unten S. 401) stets einen Vertrag über die Aufnahme der Person des Gastes voraussetzt.

[19] Ein besonderes Vertragsverhältnis, durch die causa der custodia charakterisiert (s. unten N. 20), dessen Ausdruck die selbständige actio de recepto ist, nicht eine bloße Modification der Haftung aus dem zwischen Gastwirt und Reisenden bestehenden Miet- oder sonstigen Vertrage (so z. B. Förster-Eccius S. 343, Dernburg l. c.) —; ein wirklicher Vertrag, da die Grundlage der Haftung der Consens über die Gastaufnahme ist, nicht ein fingierter (Ellinger zu § 970), ein präsumierter (Cod. Ther. III 19 Nr. 100, ein Quasi-Contract (Unterholzner II § 695 und viele Ältere, vgl. Weis S. 311 N. 4) oder eine „obligatio ex lege" (worauf selbst Goldschmidt S. 103 N. 79 hinauskommt). Besser ist immerhin die von Glück VI S. 112, Gruchot S. 65 und in den Commentaren von Zeiller, Rippel, Winiwarter,

unterstellt.[20] Im wesentlichen sind dies die Normen des Depositums: „Wirte haften gleich einem Verwahrer" (§ 970). Deshalb reiht sich das Verhältnis naturgemäß dem Verwahrungsvertrage an, von welchem es aber doch wieder systematisch auseinandergehalten werden muß,[21] weil es in seiner Begründung[22] sowie, nach einer wichtigen Richtung, auch in seinen Rechtsfolgen[23] von dem reinen Depositum eigenthümlich abweicht

Zusatz. Unsere Spruchpraxis zeigt unverkennbar die Neigung, eine **analoge Anwendung der §§ 970 und 1316** auf andere Unternehmungen als Gasthöfe, z. B. namentlich auf Badeanstalten, zuzulassen,[24] eine Tendenz, welche auch von Pfaff[25] gebilligt wird. Die nähere Analyse der in Rede stehenden Gesetzesstellen läßt nun aber zweifellos deren Inhalt vom Standpunkte des a. b. Gb. als einen anomalen erscheinen, wie denn auch die Codificatoren selbst dieselben als „Ausnahme" betrachtet haben.[26] Die Singularität ist, wie noch die Ausführungen des folgenden § zeigen werden, eine dreifache: 1. Die Haftung des Gastwirthes für custodia wird, losgelöst von dem sonstigen Obligationsverhältnisse zwischen Wirt und Reisenden, als selbständiges Rechtsverhältnis behandelt[27] „gleich" einem Depositum; dies Verwahrungsverhältnis kommt aber

---

Stubenrauch zu § 970 (auch in Slg. 4530) gewählte Bezeichnung als „stillschweigend" geschlossener Vertrag: allein der Umstand, daß das Gesetz hier wie auch in vielen anderen Fällen — an den erklärten Consens (über die Aufnahme des Gastes) gewisse Rechtsfolgen knüpft in Bezug auf Punkte, deren in jenem Consense vielleicht gar nicht gedacht war (die Haftung für vom Gaste eingebrachte Sachen, s. unten S. 400 f.), nöthigt und berechtigt noch nicht, in Hinsicht auf diese Punkte von einem „stillschweigenden" Vertragsschlusse zu sprechen. Aus diesem Grunde ist die Bemerkung bei Grützmann II S. 134 nicht zutreffend; s. dagegen auch D. Mot. II S. 585.

[20] Hier liegt die Sache also in der That so, daß das Gesetz die „custodia" nicht wie sonst (vgl. oben S. 293) in dem weiteren Causalverhältnisse aufgehen läßt, sondern dieselbe heraushebt, um sie den Depositumsnormen zu unterstellen, wie wenn die custodia die alleinige causa des Geschäfts bildete. Der Einwand, daß damit die einheitliche Obligation zwischen Wirt und Gast willkürlich gespalten werde (Förster-Eccius l. c. N. 13), hat gegenüber dem positiven Inhalt des § 970 kein Gewicht.

[21] Die systematische Stellung des receptum hat sehr lebhaft nicht bloß die ältere Literatur, sondern auch die Verfasser des a. b. Gb. beschäftigt; vgl. Pfaff S. 736 ff., Ofner II S. 440, 562 f. Für das Receptum des österr. Privatrechts ist — wie nach den meisten modernen Codificationen, vgl. Unger S. 244 N. 13 — vermöge Stellung und Inhalt des § 970 der Anschluß an das Depositum der allein naturgemäße, übrigens (s. unten S. 409 f.) doch von mehr als bloß theoretischer Bedeutung, wie D. Mot. II S. 585 gemeint ist. Für die Verbindung mit den Mietverträgen haben sich z. B Sintenis S. 693 N. 1, Bangerow III § 648, Goldschmidt S. 63 ausgesprochen.

[22] S. unten S. 400 ff.

[23] S. unten S. 403 ff.

[24] Vgl. Slg. 2531, 2800, 2926, 3580, 9627; s. dagegen Slg. 1949 und 2672.

[25] Pfaff Gutachten zur Lehre vom Schadenersatz S. 89, auch Kirchstetter zu § 970.

[26] S. Ofner II S. 191. Auch Zeiller III S. 207 spricht davon, daß „das Gesetz mit den erwähnten Personen strenge zu Werke gehe".

[27] S. oben N. 20.

2. zustande auch ohne specielle Übergabe der Sachen[28] an den Gastwirt oder einen Stellvertreter desselben; und endlich 3., was das wichtigste ist, die Haftung des Gastwirtes reicht auch qualitativ weiter als die eines gewöhnlichen Depositars, da der Wirt schlechthin für jede culpa aller seiner Leute einzustehen hat.[29] Nicht nur, dass er demnach mehr als culpa in eligendo zu vertreten hat, auch mit der Haftung für seine „Gehilfen" ist der Inhalt seiner Verbindlichkeit nicht erschöpft; denn jede Schuld, jedes Delict irgend eines Bediensteten, mag er sich desselben auch bei der Obsorge für die Sachen seiner Gäste gar nicht als „Gehilfen" bedient haben, hat der Gastwirt zu verantworten. Selbst, wenn die Haftung für Gehilfen als allgemeine Regel im geltenden Gesetze feststünde,[30] enthielte somit das receptum cauponum des österreichischen Rechts eine wesentliche Verschärfung der Haftung der Gastwirte über das gewöhnliche Maß hinaus. Nach alledem liegt hier doch wohl ein jus singulare vor, welches über die durch den Wortlaut des Gesetzes klar abgegrenzten Fälle, bzw. Personen nicht ausgedehnt werden darf.[31] — Mit diesen Bemerkungen soll nun allerdings nicht geleugnet werden, dass den oben berührten gerichtlichen Entscheidungen ein an sich gewiss lobenswertes Bestreben zu Grunde liegt, das Bestreben nämlich, über den engherzigen Standpunkt der älteren Doctrin hinauszukommen, wonach in allen Obligationsverhältnissen, soweit ein Verschulden von Gehilfen in Frage kommt, principiell nur für „culpa in eligendo" zu haften wäre. Allein, um die vom praktischen Leben postulierte Haftung des Verpflichteten für die culpa seiner Vertragsgehilfen[32] de lege lata juristisch zu begründen, müssen andere Wege aufgesucht werden[33] — welche von dem Gegenstande dieser Darstellung zu weit abführen würden —, nicht aber die Analogie eines Falles, in welchem das a. b. Gb. zwar eine Haftung für Dienstpersonen statuiert, aber als eine offenbar singuläre Norm, welche im übrigen nur die Regel zu bestätigen geeignet wäre, dass man bloß für Verschulden in der Auswahl (§§ 1313 f.) seiner Gehilfen zu haften habe. Schon deshalb also, weil die Berufung auf die §§ 970 und 1316 ein schlechtes Argument für einen guten Gedanken abgäbe, mußte hier gegen deren analoge Anwendung Einsprache erhoben werden. Mit dieser Analogie würde man aber anderseits auch mehr beweisen, als man will, den Satz nämlich, dass jeder Schuldner ex contractu nicht nur für Nachlässigkeit seiner Vertragsgehilfen, sondern für alle Delicte seiner Bediensteten überhaupt aufzukommen habe!

---

[28] S. unten S. 400.

[29] S. unten S. 403 ff.; nach der hier abgelehnten Theorie Unger's (s. den Zus. zu § 57) wäre die Anomalie eine noch weit größere.

[30] Vgl. über diese, hier nicht näher zu erörternde, Streitfrage gegen Pfaff l. c. S. 80 ff. Unger Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl.) S. 56 f. N. 9, auch Adler S. 113.

[31] So auch Krainz S. 272.

[32] Vgl. Unger l. c. S. 53 ff.

[33] Zum Theile gehört dahin auch der unten S. 404 unter a) berührte Gesichtspunkt.

§ 57.

B. Im Einzelnen.

1. Das Zustandekommen des Vertrages der Gastaufnahme, das „recipere", setzt, wie schon angedeutet, als Realcontract ein doppeltes voraus: a) Das thatsächliche Einbringen von Sachen eines Reisenden in das Gasthaus, b) den Consens über die Übernahme dieser Sachen in die Obsorge des Wirtes.

Ad a) ergibt sich aus der Natur der Sache: Eingebracht in diesem Sinne sind alle in den Umkreis der Gewahrsame[1] des Gastwirtes gebrachten Effecten, ohne dass es dazu einer speciellen Übergabe an den Wirt oder seine Dienstleute bedürfte; vor allem also solche, welche in die einem Gaste zugewiesenen Zimmer, oder sonst in die Räume des Gasthauses gelangen,[2] unter Umständen aber auch solche, welche auf den Hof, ja selbst nur auf den Straßenplatz vor dem Hause niedergelegt sind, soferne das der „Regel des Lebens" bei der Einkehr in ein derartiges Gasthaus entspricht.[3] Um so mehr muß die specielle Übergabe an den Wirt oder dessen Stellvertreter genügen,[4] mag dieselbe auch an drittem Orte, z. B. einem Bahnhofe,[5] geschehen.

Ad b) gilt aber nach dem Inhalte der §§ 970 und 1316 wieder Besonderes in zweifacher Richtung:

α. Die Aufnahme eines Gastes ist kraft Gesetzes dahin auszulegen, dass der Wirt damit auch die Obsorge für die Sicherheit aller von oder für diesen Gast in sein Haus einzubringenden Sachen übernehme,[6] mögen dieselben auch weder ihm noch einem seiner Leute

[1] Vgl. dazu Bekker Zur Reform d. Besitzrechts S. 102 f.

[2] Die Sachen, welche der Fremde bei sich (am Leibe und in seinen Taschen) trägt, davon auszunehmen, scheint mir, da es eben einer Besitzübergabe an den Wirt nicht bedarf, nicht begründet; s. gegen diese von Sintenis S. 698 N. 8, Förster-Eccius S. 344 N. 19 (auch Pfaff S. 726 N. 280?) vertretene Ansicht Koch R. d. Fordg. III S. 1003, Gruchot S. 80 f., Weis S. 348 ff. Natürlich aber scheiden solche Sachen aus der Haftung des Wirtes aus, wenn und so oft der Gast sie mit sich aus dem Umkreis des Gasthauses nimmt. Vgl. dazu noch unten § 59 N. 15

[3] Vgl. Sintenis S. 699, Weis S. 313, 341, 347, Krainz S. 268 N. 21, Wolff l. c. S. 435.

[4] Dass bei specieller Übergabe an den Wirt nicht (wie nach Pr. L. R. II, 8 § 454) ein gewöhnliches Depositum vorliegt, s. unten S. 413.

[5] Vgl. Slg. 5189, Dernburg S. 654; dagegen Weis S. 314, Wolff l. c. S. 435 N. 13.

[6] Krainz S. 268, Slg. 4530, 6196, Entsch. v. 23. Mai 1854 G. Z. 1854 Nr. 87; dasselbe will auch der „stillschweigende" Verwahrungsvertrag bei Zeiller III S. 208 u. a. (s. oben § 56 N. 19) sagen. In Slg. 2926 ist eine symbolische Tradition angenommen. Ganz deutlich hatte sich im Sinne des Textes Cod. Ther. l. c. Nr. 106 ausgesprochen.

speciell übergeben oder auch nur bekannt gegeben sein.[7] Anderseits kann ein receptum bezüglich der Sachen auch nicht ohne Consens über die Aufnahme der Person des Reisenden gedacht werden.[8] Ohne die letztere kann nur allenfalls ein einfaches Depositum vorliegen.[9] Allerdings aber bedarf es nur des Vertrages über die Aufnahme des Gastes; die wirkliche Aufnahme desselben braucht mit der Übernahme seiner Sachen nicht zeitlich zusammenzutreffen. Das receptum ist daher begründet auch bezüglich nachträglich von oder für den Gast eingebrachter Sachen, oder, wenn vor der Einkehr eines Reisenden Sachen für denselben übernommen werden.[10]

β. Der ausdrückliche oder stillschweigende Consens betreffend die Gastaufnahme[11] kann mit voller Rechtswirkung auch von jedem der Dienstleute[12] des Gastwirtes ausgehen[13] oder von Personen, die

---

[7] Dernburg S. 654. Der irreführende Ausdruck des § 970 („übergeben worden sind") will doch wohl nichts anderes bedeuten wie Pr. L. R. II, 8 § 444 („in das Gasthaus gebracht"); gegen die Ansicht, dass der Wirt von der Einbringung der einzelnen Sachen wissen musste (Gruchot S. 74, Schuster S. 72), ist daran zu erinnern, dass auch der gewöhnliche Depositar (arg. § 966, vgl. oben S. 324) für den ihm unbekannten Inhalt verschlossener Depositen haftet. — Selbst „heimliches" Einbringen schließt das receptum nicht aus, wie Weis S. 315 will; nur die Haftung aus diesem receptum kann, insofern wirklich dolus des Gastes vorliegt, dadurch reduciert werden, vgl. unten S. 406.

[8] Hinwiederum liegt in der, der Einkehr des Gastes vorausgehenden, Aufnahme von Effecten für denselben (vgl. die Fälle Slg. 5931 und bei Gruchot XX S. 237 f.) auch schon der Consens zur Aufnahme seiner Person.

[9] Vgl. dazu Weis S. 338 f.

[10] Vgl. Weis S. 339, Dernburg S. 653 f. und die Rechtsfälle Slg. 5189, 5931, sowie Gruchot XX S. 237 f.

[11] So muss der Ausdruck des § 970: „Sachen, die von aufgenommenen Reisenden . . . ihren Dienstleuten übergeben worden sind", verstanden werden, da, wie oben (N. 7) gezeigt ist, eine wirkliche Übergabe gar nicht nothwendig ist, das „salvum fore recipere" vielmehr eben in der Gastaufnahme selbst gelegen ist. Vgl. Pfaff S. 727 N. 281.

[12] Genauer: in dem Gastgewerbe beschäftigte Personen ohne Unterschied, ob sie in einem eigentlichen Dienstverhältnisse zu dem Wirte stehen, oder nicht. Unter ersterer Voraussetzung gehören daher auch die Familienangehörigen des Wirtes hieher, und namentlich bei kleineren Wirtshäusern ist die Verwendung der Angehörigen in dem Wirtsgeschäfte stets vorauszusetzen. In so weit ist richtig, was Krainz S. 267 N. 8 bemerkt; vgl. auch Weis S. 357 f., Schuster S. 71 f.

[13] Wenngleich nahe verwandt mit dem Gedanken des § 1029 — auf welchen Pfaff Gutachten S. 89, Krainz S. 267 N. 10 ihn zurückführen — geht dieser Satz doch über § 1029 hinaus, indem er den Wirt schlechthin für gebunden erklärt, ohne zu unterscheiden, ob die Person, welche den einkehrenden Gast empfängt, zu dessen Aufnahme ermächtigt ist oder nicht, wenn sie nur überhaupt zu dem Personale des Hauses zählt. (Vgl. noch unten S. 408 f.) Die Unterscheidung, welche Scheidlein S. 112 in dieser Beziehung zwischen dem Thatbestande des § 970 und des § 1316 macht, hat im Gesetze keinen Anhalt. (Für das gemeine Recht scheint allerdings L. 1 § 5 D. h. t. die entgegengesetzte Ansicht von Weis S. 353 ff. zu begründen.) Bei positiver Kenntnis des Reisenden von dem Mangel der Befugnis der betreffenden Dienstperson

zwar nicht förmlich im Dienste des Wirtes stehen, von diesem aber zur Besorgung gewisser Geschäfte des Gasthauses verwendet, den Reisenden „zugewiesen" (§ 1316) werden, wie Lohndiener, Fuhrwerksinhaber u. dergl.[14]

2. Die Haftung aus der Gastaufnahme richtet sich im allgemeinen nach den Normen des Verwahrungsvertrages. Der Gastwirt ist zur Herausgabe der in obigem Sinne „übernommenen" Sachen, oder bei Beschädigung oder Abhandenkommen derselben zur Leistung des Ersatzes an den aufgenommenen Gast verpflichtet „gleich einem Verwahrer" (§ 970). Er haftet somit „für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, aber nicht für den Zufall" (§ 964),[15] es wäre denn ein „casus mixtus" (§ 965).[16] Die Grundsätze des Depositums kommen ferner zur Anwendung in betreff der Zeit der Zurückstellung der Sachen (§§ 962 f.), der Beweisführung bei Einbringung „verschlossener" Effecten (§ 966),[17] der Präclusivfristen für die wechselseitigen Ersatzansprüche (§ 967).[18]

„Gleich einem Verwahrer" steht auch dem Gastwirte grundsätzlich weder Compensation noch Retention gegen den Rückforderungsanspruch des Gastes zu (§ 1440). Doch erleidet dieser Satz eine wesentliche Einschränkung, wenn und insoweit das Verhältnis zwischen Wirt und Reisendem sich als Wohnungsmiete darstellt. Als Vermieter nämlich hat der Gastwirt ein gesetzliches Pfandrecht (§ 1101), und auf Grund dessen das Recht der Zurückhaltung der vom Gaste in die Wohnung eingebrachten Fahrnisse zur Sicherung seiner Mietzins-

---

wäre allerdings seine actio de recepto zurückzuweisen, s. auch Sintenis II S. 697 N. 8. Anderseits aber wäre es m. E. zu weit gegangen, und auch nicht mehr in der Consequenz des Gedankens des § 970 gelegen, den Gastwirt auch für Leute haften zu lassen, welche überhaupt gar nicht zu dem Dienstpersonale gehören und sich nur fälschlich als solche ausgeben; s. gegen diese Ansicht Dernburg's S. 654 N. 12 Weis S. 356, Förster-Eccius S. 344 N. 23, Schuster S. 69 f.

[14] Slg. 8954, 5189. Im Hinblicke gerade auf Lohndiener und Lohnkutscher ist — nach dem Muster des Pr. L. R. II, 8 §§ 444, 449 — der Zusatz „zugewiesene Dienstpersonen", welcher im Wg. Gb. III § 476 noch fehlte, in den § 1316 aufgenommen (vgl. Ofner II S. 440) und dies nun auch im § 970 zu supplieren.

[15] Auch, was die „Aufopferung seiner eigenen Sachen" betrifft, gilt somit das oben S. 304 f. Gesagte.

[16] Vgl. oben S. 306 f.

[17] Pr. L. R. II, 8 §§ 452 f. enthält an dieser Stelle specielle, der des § 966 ganz ähnliche Normen. — Die Anwendbarkeit des § 966 auf die Gastaufnahme betont besonders Pfaff S. 735; sie ist auch von Zeiller III S. 208, Nippel VI S. 298, Stubenrauch II S. 163 und in Slg. 5189 anerkannt. Anders steht die Sache für das gemeine Recht, s. Weis S. 395.

[18] Winiwarter IV S. 169.

forderung. Dies Privilegium des Mietverhältnisses — der Natur der Dinge nach gerade für den Gastwirt, welcher es meist mit rasch durchziehenden und ihm persönlich unbekannten Mietern zu thun hat, von besonderem Werte — kann dadurch nicht als beseitigt gelten, dass das Gesetz die custodia über die Effecten der Reisenden als selbständiges neben das sonst zwischen dem Wirte und seinem Gaste bestehende Obligationsverhältnis gestellt hat. Immerhin aber bleibt die principielle Ausschließung des Compensations- und Retentionsrechts auch für das Receptum von Belang, soweit nicht Mietzinsforderungen, sondern Gegenansprüche des Wirtes aus anderem Titel in Frage kommen.[19]

Eine grundsätzliche Abweichung[20] von den Normen des gewöhnlichen Verwahrungsvertrages[21] liegt nun aber darin, dass der Gastwirt — wie sich aus der Berufung des § 1316 in § 970 ergibt — aus dem Receptum für allen durch seine „eigenen oder die von ihm zugewiesenen Dienstpersonen" verschuldeten Schaden zu haften hat. Als Dienstpersonen in diesem Sinne gelten alle irgendwie in dem Gewerbe des Wirtes beschäftigten Leute, mögen sie im übrigen in was immer für einem Rechtsverhältnisse zu dem Wirte stehen — als seine Dienstboten, Angestellten, Beamten oder socii,[22] oder auch nur auf Grund eines einzelnen Auftrages,[23] im Lohnverhältnisse, oder vielleicht als seine Familienangehörigen[24] ohne Entlohnung ihren Geschäften obliegen. Für jede culpa aller dieser Personen hat der Gastwirt einzustehen, nicht bloß wie der gewöhnliche „Verwahrer" für culpa in eligendo. Weiter reicht aber seine Verantwortung nicht. Er haftet einerseits doch nur für das Verschulden dieser Personen,

---

[19] Ältere Particularrechte (s. Buddeus l. c. S. 442, Weis S. 401), ebenso der Cod. Ther. l. c. Nr. 114 sprachen dem Wirte ausdrücklich ein Retentionsrecht zu, das Pr. L. R. l. c. § 455, D. Entw. § 628 geben ihm gesetzliches Pfandrecht an den Illaten wegen seiner Forderungen für „Wohnung und Bewirtung"; über § 41 Z 5 R. C. O. s. Wolff l. c. S. 433 ff. Vom Standpunkte des a. b. Gb., welches an dieser Stelle darüber schweigt, kann dem Gastwirte ein gesetzliches Pfandrecht nur in seiner Eigenschaft als Vermieter, also, gemäß § 1101, auch nur zur Sicherstellung des Mietzinses zugestanden werden. Vgl. Slg. 7414.

[20] Eine Besonderheit des receptum bildet auch der Gerichtsstand des § 15 lit. e. Jur. Norm.

[21] Die eigenthümliche Gestalt des depositum irregulare kommt hier naturgemäß nicht in Betracht; mit der Bezeichnung des receptum selbst als depositum irregulare (Weis S. 310) ist aber nur Unklarheit zu erzielen.

[22] Da der Gastwirt für jeden in seinem Geschäfte Mitwirkenden haftet, so haften mehrere Wirte des Hauses „Einer für Alle und Alle für Einen". Vgl. auch Slg. 5189. Anders vermöge L. 7 § 5 D. h. t. nach gemeinem Rechte, vgl. Glück VI S. 135 ff., Weis S. 401.

[23] Vgl. oben N. 14.

[24] Vgl. oben N. 12.

nicht schlechthin für die Folgen aller, sei es auch vorwurfsfreien Handlungen derselben;[25] und er haftet anderseits nur für die culpa seiner Bediensteten, nicht aber für beliebige dritte Personen, insbesondere also nicht für das Thun und Lassen aller Mitreisenden. In dieser Richtung bleibt es — da §§ 970 und 1316 darüber schweigen[26] — bei den allgemeinen Regeln, d. h. der Gastwirt haftet bloß, falls die Aufnahme eines Reisenden, durch welchen dann ein Mitreisender beschädigt wurde, ihm selbst oder einem seiner Leute als Verschulden angerechnet werden kann (§§ 1314 f.), oder etwa bei dessen Aufnahme diesbezügliche sicherheitspolizeiliche Vorschriften außeracht gelassen waren (§ 1311).[27]

Aus alledem ergibt sich, dass die Verantwortlichkeit der Gastwirte nach österreichischem Rechte nicht, oder doch nicht so weit wie nach gemeinem Rechte, über das Princip der Culpahaftung hinausgeht. Insbesondere bieten die dargestellten Normen des a. b. Gb. keinen Anhaltspunkt dafür, aus der Gastaufnahme eine eigenthümlich qualifi-
Zusatz. cierte Haftung für Zufall, eine **Haftung bis zu vis major** abzuleiten. Singulärer Natur ist vom Standpunkte des österreichischen Privatrechts nur die Haftung des Wirtes für das Verschulden aller seiner Leute, und in Verbindung mit den sonstigen Grundsätzen unseres Vertragsrechtes führt allerdings auch schon diese Singularität praktisch[28] zu einer bedeutenden Verschärfung der Haftpflicht der Wirte. Namentlich zwei Punkte verdienen in dieser Beziehung besondere Hervorhebung.

a) Dass der Gastwirt dafür verantwortlich ist, wenn die Einrichtung seines Hauses für die Gäste und deren Effecten nicht volle Sicherheit bietet, ist keine Abweichung von allgemeinen Regeln. Schon die „diligentia diligentis" erfordert, dass alle besonderen Vorkehrungen gegen die einem Gewerbebetrieb eigenthümlichen Gefahren getroffen werden[29] — wie dies das a. b. Gb., wenn auch vielleicht

---

[25] Vgl. dazu Unger, Handeln auf eig. Gef. S. 56 f. N. 9.

[26] Wg. Gb. III § 476 hatte die Haftung für Mitreisende ausdrücklich abgelehnt. Gerade dies freilich wäre der Punkt, wo — de lege ferenda — die Gefahr dem Wirte aufgebürdet werden sollte, vgl. Schey Verhandl. d. 22. D. Juristentags II S. 59.

[27] „Hat jemand ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten . . ., so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre"; vgl. dazu Zeiller III S. 743.

[28] Vgl. auch Pfaff S. 733 f.

[29] Wer nun, — worauf im Grunde jede „subjective Theorie" hinauskommt, wie sie Goldschmidt (j. besonders S. 112 f.) begründet, und Randa Haftung

nicht in glücklichster Form, besonders betont (§ 1299).[30] Gerade mit Rücksicht auf die bei dem Gastgewerbe erforderliche Organisation des Betriebes erscheint daher im concreten Falle die Verantwortlichkeit des Gastwirtes selbst dann noch nicht ausgeschlossen, wenn bewiesen ist, dass die Beschädigung eines Gastes weder durch den Wirt selbst noch durch Verschulden irgend eines seiner Leute herbeigeführt wurde; denn immer noch bleibt die Frage, ob der Wirt nicht eben noch andere Bedienstete anzustellen, oder den einzelnen an eine andere Stelle zu setzen gehabt hätte.

b) Wichtiger noch ist Folgendes. Die Haftung des Gastwirtes für sein Personale ist im Gesetze — und darin liegt der Schwerpunkt des § 970[31] — als eine Haftung ex contractu aufgefasst. Die Frage der Beweislast für den Ersatzanspruch des Gastes gegen den Wirt beantwortet sich deshalb nach § 1298.[32] Und diese Regel hat hier weit größere Tragweite als bei anderen Vertragsobligationen; denn sie wird hier maßgebend, auch soweit die Vertretung des Verschuldens der Dienstpersonen in Frage steht. Mit anderen Worten, die Ersatzklage des Reisenden ist fundiert, wenn er die „Gastaufnahme", die Einbringung der Sachen und deren Beschädigung oder Verlust behauptet und darthut;[33] den Gastwirt trifft die Last des Beweises, dass weder persönliche culpa seinerseits, noch die Mangelhaftigkeit der Einrichtung seines Betriebes, noch endlich ein Verschulden irgend eines seiner Leute der Beschädigung zu Grunde liegt. Und diese Vertheilung der Rollen wird thatsächlich nicht selten dazu führen, dass der Gastwirt, weil ihm jener Beweis nicht gelingt, Schäden vertreten muss, welche durch Mitreisende oder „einen Zufall" verursacht sind.[34]

d. Eisenbahnunternehm. S. 14 f. für das österreichische Recht recipiert hat, aber auch in der Fassung, welche ihr Dernburg in Grünhuts Ztschr. XI S. 334 ff., oder Baron Arch. f. d. civ. Prax. LXXVIII S. 228 ff., oder Hollander Vis major S. 58 ff. u. a. gegeben haben — das Eigenthümliche der Haftung bis zu „vis major" in der Verantwortlichkeit für alle den besonderen Gefahren des Unternehmens entsprechenden außergewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln erblickt, der könnte füglich auch für die Gastaufnahme des österr. Rechts (vgl. unten N. 30) von einer Haftung bis zu „vis major" sprechen. S. aber gegen diese Auffassung der „höheren Gewalt" Exner Begriff der höheren Gewalt S. 24 ff., Gerth Begr. d. vis major S. 105 ff., S. 153, Schey l. c. S. 51.

[30] Zeiller III S. 745 zieht denn auch den § 1299 zur Begründung der Haftung der Gastwirte heran (vgl. auch Slg. 1949, 3580); dass § 1299 aber nicht etwa eine höhere als die Aufmerksamkeit des diligens paterfamilias statuiere, zeigt am besten die Darstellung von Zeiller III S. 717: „Die Ausnahme ist jedoch nur eine scheinbare"!

[31] S. unten S. 409 f.

[32] Unrichtig hier Nippel VI S. 298 f.

[33] Vgl. darüber Weis S. 392 f.

[34] Von mancher Seite wird die Erklärung des Wesens der „höheren Gewalt"

Zu den verhältnismäßig seltenen Fällen, wo dem Gastwirte ein derartiger Gegenbeweis gelingen wird, gehört namentlich das eigene Verschulden des Gastes oder seiner Begleiter.[35] Ist ein solches dargethan,[36] so wird dies dem Grundsatze des § 1304 zufolge je nach Umständen den Schadenersatz gänzlich oder doch theilweise[37] von dem Gastwirte abwenden.[38]

---

darin gesucht, (vgl. Gerth l. c. S. 8, Schey l. c. S. 49 f., D. Mot. II S. 585), dass dem Verpflichteten mit Rücksicht auf die Complicierthеit seines Gewerbebetriebes, in welchen der Vertragsgegner keinen Einblick gewinnen könne, der Gegenbeweis seiner Schuldlosigkeit nur durch Berufung auf solche Thatsachen offen gelassen werde, welche an sich schon als unverschuldet, als „unabwendbarer Zufall" erscheinen. Will man damit nicht den Inhalt einer positiven Gesetzesvorschrift bezeichnen, sondern lediglich die im Texte gekennzeichnete thatsächliche Wirkung der Beweislastvertheilung, so könnte man allenfalls auch wieder in diesem Sinne (vgl. oben N. 29) für das a. b. Gb. behaupten, der Gastwirt könne sich nur durch den Beweis einer „vis major" exculpieren. Und in der That pflegte gerade die ältere Theorie (vgl. Pfaff S. 730 N. 285, Goldschmidt S. 81 f., Gerth l. c. S. 21 ff. und etwa Wehrn Doctrina jur. principiorum et causarum damni (1795) p. 153 s.) in diesem Sinne von der vis major zu handeln, und so dürfte auch die Darstellung bei Zeiller III S. 209 f. (vgl. unten N. 40) nur so gemeint sein, nicht aber, als wollte er die moderne Theorie von der gesetzlichen Haftung für jeden Zufall außer sog. vis major, für welche Unger S. 243 sich auf ihn beruft, und welche in das H. G. B. Art. 395 oder das Haftpflichtgesetz v. 5. März 1869 Aufnahme gefunden hat, in das a. b. Gb. hineininterpretieren (vgl. dazu Pfaff S. 733). Es ist übrigens nicht ohne Interesse zu bemerken, dass auch ein neueres Gesetz ganz im Sinne des obigen Gedankenganges spricht; in dem Ges. v. 11. Juni 1879, R. G. B. 93, § 35 heißt es nämlich: „Im Falle der Beschädigung .... eines zu Einquartierungszwecken übergebenen Objectes .... haftet die Militärverwaltung für jedes Verschulden der Truppe ....., nicht aber für den Zufall ..... Die Militärverwaltung kann sich daher von der Pflicht zur Leistung des Schadenersatzes nur durch den Nachweis befreien, dass der Schade durch einen unabwendbaren Zufall oder durch die Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu vertreten hat ..... verursacht worden ist."

[35] Weis S. 390, Sintenis S. 699 f. N. 12. Für das österr. Recht folgt die Gleichstellung des Verschuldens der Diener und Begleiter des Gastes mit dessen eigenem schon daraus, dass der Wirth überhaupt (s. oben bei N. 26) für Mitreisende nicht zu haften hat.

[36] Das Offenlassen seines Zimmers kann unter Umständen als Verschulden des Gastes die Haftung des Wirtes aufheben, muss aber nicht immer als ein derart „überwiegendes" erscheinen; vgl. Sintenis S. 698 N. 8, Weis S. 387 ff., Slg. 4530, 5664, 6196. (Dass die Übergabe des Zimmerschlüssels an den Reisenden nicht als Ablehnung der Haftung seitens des Wirtes aufzufassen ist, s. unten § 58 N. 4.) — Unter denselben Gesichtspunkt des „concurrierenden Verschuldens" fällt auch die Nichtannahme der angebotenen besonderen Verwahrung von Wertsachen; s. unten S. 413.

[37] Vgl. Slg. 5189. — Dass das Princip des § 1304 nicht immer, wie eine bequeme Praxis es auffasst, zu einer Halbierung des Schadens, sondern zu einer verhältnismäßigen Reduction der Haftung führt, unter Umständen also bei weit überwiegendem Verschulden des einen zur gänzlichen Exculpierung des anderen Theiles, hat insbesondere Pfaff Gutachten S. 34 ff. nachgewiesen; vgl. auch Schey Mora cred. S. 69 f., und die Ausführungen von Wendt Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 137 ff. über die „Compensation der Culpa". Der „Compensationsgedanke", welchen dieser Schriftsteller S. 139 ff. bei

Zusatz. Auf das Wesen und den Umfang der vielumstrittenen **Haftung bis zu vis major** einzugehen, ist nach der Darstellung des Textes hier kein Anlass.[39] Wohl aber bedarf eben diese Darstellung einer näheren Rechtfertigung gegenüber einer Ansicht, welche den Gastwirt auch nach österreichischem Rechte nicht bloß für das Verschulden seiner Leute, sondern für jeden Zufall haften lassen will, welcher sich nicht als sogenannte „höhere Gewalt" qualificiert. Kein Geringerer nämlich als Unger[40] lehrt, dass „die Haftpflicht ex recepto .... nach österreichischem Rechte ganz dieselbe sei, wie nach gemeinem Recht"; das receptum sei nach § 970 „ein qualificiertes Depositum. Wirte u. s. w. haften in der Eigenschaft, nicht in dem beschränkten Umfang von Depositaren." [41] — Unger's Auffassung des § 970 beruht auf einer doppelten Grundlage. Er meint 1., im § 970 liege einer jener Fälle vor, wo der Gesetzgeber sich damit begnügt habe, nur kurz anzudeuten, dass er „sich die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie aneignen

---

der actio de recepto abweist, macht sich dennoch, wie er übrigens selbst l. c. S. 173ff. anerkennt, auch bei der Abwägung des „eigenen Verschuldens" des Gastes geltend.

[38] Vgl. noch unten S. 417.

[39] Es genügt daher auch, was die überreiche Literatur der Frage betrifft, auf die Übersichten bei Gerth l. c. §§ 3, 8, 9, Baron l. c. § 1, und neuestens Bruckner Krit. Vierteljahrschr. XXXVI S. 387 ff., sowie W. Stintzing Arch. f. d. civ. Prax. LXXXI S. 427 ff. zu verweisen. — Über, bezw. gegen die Verwendung des Begriffs der vis major in der Gesetzgebung s. die Gutachten von Gelpcke und Schey, sowie die Verhandlungen des XXII. Deutsch. Juristentags (I S. 348 ff., II S. 41 ff. und IV S. 104 ff.).

[40] In der an der Spitze dieses Abschnittes genannten Abhandlung. — Ihrem Wortlaute nach scheint auch die Darstellung von Zeiller III S. 209 f. („... Nur eigene Schuld des Übergebers, oder unvermeidliche Zufälle [wie unwiderstehliche Gewaltthätigkeit oder verheerende Naturerscheinungen] können von der Haftung befreien") dieselbe Theorie zu vertreten. Allein, wie bereits (oben N. 34) bemerkt, ist es mehr als zweifelhaft, ob Zeiller damit wirklich auf vis major in dem technischen Sinne der modernen Jurisprudenz abstellen wollte, und wenn die späteren Commentatoren des § 970 — s. Nippel VI S. 299, Scheidlein Hdb. II S. 410, Winiwarter IV S. 169 — ihn hier, wie so oft, ausschrieben, so haben auch sie sich über die Tragweite ihrer Sätze kaum Rechenschaft gegeben, wie schon der Umstand zeigt, dass z. B. Winiwarter l. c. hinzufügt, jene Haftung für alles außer „unabwendbarem Zufall" ergebe sich aus dem § 964 — d. i. der normalen Haftung jedes Depositars! Vgl. hiezu auch Pfaff S. 733. Lediglich die „normalspurige Haftung" für eigene und die culpa der Dienstleute finden im § 970 die neuesten Auflagen von Stubenrauch und Kirchstetter zu § 970, ebenso Grünhut Arch. f. deutsch. Wechselr. N. F. IV S. 115 f., Gruchot S. 87, Weis S. 360, während Goldschmidt S. 350 N. 142 meint, das a. b. Gb. stehe auf dem römischen Standpunkt (davon scheinen auch D. Mot. II S. 585 N. 1 auszugehen). Nicht ganz klar ist Krainz S. 268; während er nämlich im Texte lehrt, dass der Gastwirt nur für sein und seiner Leute Verschulden nach §§ 964, 965 hafte, heißt es, unter Berufung auf Zeiller, in der N. 26: „dies Verschulden braucht nicht bewiesen zu werden" und scheint N. 25 den Satz des § 970 mit dem „negativen Satz" des römischen Rechts für identisch zu erklären. — In der Spruchpraxis hat übrigens jene Theorie nicht Fuß gefasst; nur die unteren Instanzen in Slg. 4530 und 5664 verlangen von dem Gastwirte den Beweis einer vis major.

[41] Unger S. 246 f., S. 245.

wollte".[42] Der § 970 — das lehre auch seine Entstehungsgeschichte — „recipiert mit einem Schlage die ganze gemeinrechtliche actio de recepto".[43] So gewiss nun derartige „Receptionen" in Pausch und Bogen im a. b. Gb. gelegentlich auftauchen, so ist es doch bedenklich, eine solche anzunehmen, wo das Gb., wie in § 970, das Wesentliche der gemeinrechtlichen Norm (die Haftung bis auf vis major) mit keinem Worte andeutet, höchst bedenklich vollends, wenn man weiß, dass ein auf die Aufnahme jenes römischen Satzes abzielender Antrag bei der Redaction des Gesetzes geradezu abgelehnt wurde.[44] Sollte es unter diesen Umständen zum Beweise jener „Reception" wirklich ausreichen, dass im § 970 die Worte „Wirte, Schiffer, Fuhrleute" so wie im Edicte des römischen Prätors nebeneinander stehen? Dazu kommt, dass der Hauptsatz des § 970, „Wirte haften gleich einem Verwahrer", unter dieser Voraussetzung folgerichtig nicht dahin verstanden werden könnte, dass er das Maß der Haftung angebe; er könnte dann vielmehr nur „die rechtliche Natur des receptum und die Stellung desselben im System" ausdrücken sollen. Die Worte „gleich einem Verwahrer" in § 970 besagen danach nicht: „wie (ebenso, geradeso wie), sondern sie besagen: als Verwahrer".[45] Es muss zugegeben werden, dass dieser Sinn diesem Ausdrucke beigelegt werden kann.[46] Aber es geht kaum an, ohne die dringendste Nöthigung anzunehmen, dass der Gesetzgeber in der That in denjenigen Worten, welche sich als die eigentliche Gesetzesdisposition geben, lediglich eine theoretische Construction niedergelegt, die wichtige Gesetzesdisposition selbst aber bloß versteckt, durch den Gebrauch eines an das römische Recht anklingenden „Stichwortes", angedeutet haben sollte. — Unger beruft sich denn auch 2. auf ein Moment, welches wirklich zu einer derartigen künstlichen Auslegung zu nöthigen scheint. Er erklärt, § 970 wäre völlig überflüssig, wenn man in demselben nicht eine verschärfte Haftung der Wirte, Schiffer und Fuhrleute ausgesprochen finden dürfte; „die gewöhnliche (normalspurige) Haftung der Wirte u. s. w. ex recepto verstünde sich ja ganz von selbst, vollends nach österr. Recht, welches jeden im Vertrag für omnis culpa haften lässt",[47] auch den gewöhnlichen Depositar. Indes führt die aufmerksame Betrachtung sowohl des Zusammenhanges im a. b. Gb., als der Entstehungsgeschichte des § 970 doch wohl darauf, dass letzterer durchaus nicht zwecklos und inhaltsleer zu nennen ist, auch wenn man bei dem nächstliegenden Wortsinne stehen bleibt: der Gastwirt hafte „gleich einem Verwahrer", d. h. nach den Regeln des Verwahrungsvertrages. Vorerst enthält § 970 den Satz, dass die Aufnahme eines Gastes bezw. die Übernahme seiner Sachen durch irgend einen Bediensteten des Gasthauses die Haftung des Wirtes ex recepto be-

---

[42] Worte Unger's Syst. I S. 83.
[43] Unger S. 242.
[44] Ofner II S. 440, vgl. dazu Pfaff S. 729 ff.
[45] Unger S. 244 f.
[46] Insoferne möchte auf die lexikographische Untersuchung nicht so großes Gewicht zu legen sein, wie Pfaff S. 738 ff. will.
[47] Unger S. 245 f.

gründe[48] — einen Satz, welcher auch im Hinblicke auf die allgemeine Norm des § 1029 nicht überflüssig erscheint,[49] weil er weiter geht als diese. Der Gastwirt soll dem Reisenden gegenüber gebunden sein, auch wenn derselbe von einer Dienstperson des Gasthofes aufgenommen wurde, welche, um mit § 1029 zu reden, kraft der ihr „anvertrauten Verwaltung" mit der Aufnahme der Gäste gar nichts zu thun hatte. Der Reisende soll eben, wie es das praktische Bedürfnis verlangt, der Haftung des Wirtes sicher sein, ohne bei seiner Ankunft etwa erst untersuchen zu müssen, welches die Functionen der einzelnen Personen sein mögen, die ihm bei seinem Empfange entgegentreten. — Der Satz des § 970, dass Wirte „gleich einem Verwahrer" haften, enthält weiters die wichtige Verfügung, dass, *welches immer sonst das Rechtsverhältnis zwischen dem Wirt und seinem Gaste sein möge*,[50] die custodia der eingebrachten Sachen den Regeln des Verwahrungsvertrages unterliege. — Zuletzt aber, und nicht zum wenigsten, liegt die Bedeutung des § 970 darin, dass er in dem Hauptstücke vom Depositum auf die *Norm des § 1316*, die Haftung des Wirtes für sein gesammtes Personale, hinweist. Gerade dies scheint auch für die Redactoren des Gesetzes der springende Punkt gewesen zu sein. Die Vorläufer des a. b. Gb., der *Entw. Martini's* sowie das *Wgal. Gb.*, gedachten des Receptum unter den Obligationen aus Verträgen noch gar nicht; sie enthielten nur im Anschlusse an die Lehre „von dem Verschulden", unter dem Titel „Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen", die dem heutigen § 1316 correspondierende Vorschrift über die Haftung der Gastwirte, Schiffer und Fuhrleute für ihre Bedienstete.[51] Wenngleich nun das 30. Hauptstück des II. Theiles des a. b. Gb. grundsätzlich seine Normen über den Schadenersatz sowohl für Beschädigungen innerhalb als außerhalb bestehender Vertragsverhältnisse aufstellt, so lag doch die Gefahr nahe, dass man aus dem Satze des § 1316, wenn er *nur* an dieser Stelle stand, wo er offenbar nicht so sehr an das römische receptum als an die römische actio furti adversus nautas, caupones, stabularios erinnerte,[52] lediglich eine Delictsklage ableiten möchte. Damit wäre namentlich die Beweisfrage, nach § 1296, zu Gunsten der Wirte u. s. w. entschieden; das Verschulden des Wirtes oder einer bestimmten Person aus seinem Gesinde hätte der Gast zu beweisen. Eben dies entsprach nicht der Intention der Verfasser des a. b. Gb. Ohne den Gastwirten deshalb die Haftung auch für casus auferlegen zu wollen, sollte doch die Beweisvertheilung zu Gunsten des reisenden Publicums geschehen, welches genöthigt ist, sich und seine Wertsachen der „Obsorge" eines Unternehmens anzuvertrauen, in dessen Betriebsorganismus es vielfach gar

---

[48] S. oben S. 401 f.

[49] In diesem Punkte scheint mir die Singularität in § 970 doch weiter zu gehen, als *Pfaff* Gutachten S. 88 f. annimmt; vgl. oben N. 13.

[50] S. oben S. 397 f.

[51] *Entw. Martini's* III, 14 § 15, *Wg. Gb.* III § 476.

[52] Vgl. *Pfaff* Gutachten S. 88, *Esmarch* G. Z. 1857 Nr. 6.

keinen Einblick haben kann.[53] Wirte, Schiffer und Fuhrleute sollten haften müssen, wenn nicht *ihnen* der Beweis gelingt, dass im concreten Falle der dem Gaste zugestoßene Schaden weder durch ihre, noch durch die culpa irgend eines ihrer Dienstleute verursacht sei. Mit Recht sagte man sich nun bei der Berathung des a. b. Gb., dass man zu diesem Behufe bloß klar zu machen brauche, dass dem Reisenden gegen den Wirt ein Ersatzanspruch schon aus dem *Vertrage* der Gastaufnahme, eine Contractsklage, zustehe, auch soweit das Verschulden der Dienstpersonen in Frage kommt; denn damit war der Entschädigungsanspruch der Beweisregel des § 1298 unterstellt, die Beweislast auf den Gastwirt überwälzt. So entstand der § 970. Er erfüllt demnach die Aufgabe, zu constatieren einerseits, dass auch das a. b. Gb. eine eigene Contractsklage ex recepto anerkenne, anderseits durch das Citat des § 1316), dass auch diese Haftung des Wirtes aus dem Vertrage seine Haftung für alle Dienstpersonen umfasse. Dies ist m. E. der Grund — und ein vollkommen zureichender Grund — gewesen, warum die „so bekannte und so praktische actio de recepto" im § 970 „wenigstens eine ausdrückliche Erwähnung verdiente".[54] Die Absicht war deshalb nicht, die dem classischen receptum eigenthümliche Verschärfung der Haftung bis zur Grenze der vis major in das a. b. Gb. aufzunehmen, sondern die Haftung für alle Dienstpersonen, verschärft durch die dem Wirte auferlegte Beweislast[55] — wie ja überhaupt die zur Zeit der Entstehung des Gesetzbuches herrschende Theorie den Schwerpunkt auch des gemeinrechtlichen receptum nicht in der Haftung für Zufall, sondern in der vertragsmäßigen Haftung der Wirte für alles Verschulden ihres Personales zu suchen gewohnt war.[56] — Zum Schlusse sei nur noch — ohne auf die Frage de lege ferenda einzugehen — darauf hingedeutet, dass es füglich auch an der ratio fehlen dürfte, welche *Unger's* Auslegung, die dem § 970 jene „qualificierte" Haftung der Gastwirte

[53] Es ist beachtenswert, dass *Zeiller* III S. 208 seine ganze Theorie darauf baut, es streite gegen den Gastwirt, „*so wie gegen die Verwahrer überhaupt*, die rechtliche Vermuthung, dass die ... Sachen nicht durch Zufall, sondern durch ihr eigenes oder der Dienstleute Verschulden ... in Verlust gerathen seien".

[54] *Ofner* II S. 440.

[55] Namentlich die oben N. 53 citierte Äußerung *Zeiller's* zeigt deutlich diese Absicht.

[56] Vgl. oben N. 34. Auch die älteren Codificationsversuche, der *Cod. Ther.* l. c. Nr. 110—112, der *Entw. Horten's* III, 20 §§ 32 f., schlossen sich zwar mit dem *Ausdrucke* „höhere Gewalt" der römischen Theorie an, lassen dem Gastwirte doch aber auch den Beweis seiner Schuldlosigkeit bei gewöhnlichen Unfällen frei, so dass seine Haftung thatsächlich gegenüber der des gemeinen Depositars (vgl. *Cod. Ther.* l. c. Nr. 100) nur durch die Verantwortung auch für culpa levissima erhöht erscheint — eine Verschärfung, welche von selbst verschwand, seitdem im a. b. Gb. jeder Contractsschuldner für omnis culpa haftbar erklärt wurde. Ganz ähnlich lautete auch der *Cod. Maxim. Bav.* IV, 13 § 10, und dasselbe darf wohl auch vom Pr. L. R. II, 8 § 447 vgl. mit I, 14 § 11) behauptet werden, obgleich die moderne Theorie *Dernburg* S. 654, *Fischer* S. 122 f., *Förster-Eccius* S. 346) darin den Ausdruck für die Haftung bis zu vis major in ihrem Sinne findet.

entnimmt, befriedigender erscheinen ließe, als die hier vertretene, welche sich dem einfachen Wortlaute des § 970 anschließt. Zweifellos gibt es Verhältnisse, wie z. B. den Eisenbahnbetrieb, wo die Gefährlichkeit und Complicierheit des Unternehmens rechtspolitisch die Tragung aller Betriebsunfälle durch den Unternehmer, ohne Rücksicht auf Verschulden, fordert, wo daher das Gesetz dem Unternehmer, um den von Unger in die Rechtstheorie eingeführten Terminus zu gebrauchen, nur ein „Handeln auf eigene Gefahr" gestatten kann.[57] Wie weit nun dieser Gedanke, auch über die Grenzen seiner heutigen Anwendung im Gebiete unseres Privatrechts hinaus, durchzuführen wäre,[58] ist hier nicht zu untersuchen. So viel aber scheint mir unbestreitbar: Warum unter allen Gewerbetreibenden heutzutage gerade nur die Gastwirte das privilegium odiosum haben sollen, die Gefahr der Betriebszufälle zu tragen, ist vom Standpunkte unserer Gesetzgebung[59] nicht einzusehen.[60] Der Grund aber, welchem das Urbild des § 970 im Edicte des römischen Prätors seine Entstehung verdankte, der Verdacht der Unehrlichkeit und der Collusion mit Dieben und Gaunern,[61] wird doch wohl gegen die Gasthofsbesitzer unserer Tage nicht mehr ins Feld geführt werden.[62]

---

[57] Unger **Handeln** auf eig. Ges. S. 83 ff., Schey l. c. S. 52.

[58] Der Musterfall dafür ist die Haftpflicht der Eisenbahnen; ob dieser Gesichtspunkt auch für das classische receptum cauponum der richtige ist (vgl. Gerth S. 133), und ob man überhaupt alle Fälle, in welchen die verschiedenen Gesetze von „vis major" reden, unter dem gleichen Gesichtspunkte betrachten kann, ist gewiss höchst zweifelhaft; s. Schey l. c. S. 46.

[59] Es darf bei dieser Gelegenheit darauf hingewiesen werden, dass nicht einmal das österr. Lagerhausgesetz v. 28. Apr. 1889, R. G. B. 64, § 14, die Lagerhausunternehmung für alle Unfälle bis auf vis major haftbar erklärt, sondern sich mit der Haftung „für ihre Leute" begnügt hat (vgl. dazu Adler S. 107 ff.), obgleich gerade hier das römische Vorbild des „horrearius" eine viel weiter reichende Garantie zu übernehmen hatte (vgl. darüber nur Baron Arch. f. d. civ. Prax. LII S. 46 ff. und LXXVIII S. 245 ff.) und überdies die Analogie der Haftung des Frachtführers nach Handelsrecht nahe lag; s. darüber Simonson Das österr. Warrantrecht S. 46 f.

[60] Vollends ohne Unterscheidung zwischen Klein- und Großbetrieb, vgl. Schey l. c. S. 58 f., Baron l. c. LXXVIII S. 215, Gerth l. c. S. 143. — Die auf Grund der Bemerkung Ulpian's in L. 1 § 1 D. h. t. auch für die Gastaufnahme des modernen Rechts zumeist angerufene ratio, nämlich die Nothwendigkeit für das Publicum, sich und seine Effecten dem Gastwirte blind anzuvertrauen (s. z. B. Dernburg S. 653 N. 2, Weis S. 290, Schuster S. 66, Zeiller III S. 207, Unger S. 242, vgl. auch die Motive des bayer. Entw. S. 206 und des hess. Entw. II S. 134, sowie die Bezeichnung der Gastaufnahme im Code Art. 1952 als „dépôt nécessaire"), führt nur zu der Verantwortung des Wirtes für alle seine Dienstleute, nicht aber zur Zufallshaftung. Über die Schwäche der D. Mot. II S. 584 f. s. Gierke D. Entw. S. 252.

[61] L. 1 § 1, L. 3 § 1 D. h. t.; dass darin wirklich das Motiv für die Strenge des prätorischen Edictes lag, darüber s. Pernice Labeo II S. 348 N. 9, Sturm S. 10, Wyß D. Haft. f. fremde culpa S. 60 f., Schey l. c. S. 57.

[62] Die „völlig veränderten Verhältnisse" anerkennen auch Gruchot S. 62, Weis S. 288 f.

§ 58.

3. Die Ablehnung der Haftung aus der Gastaufnahme[1] ist möglich; denn diese Haftung beruht, wie gezeigt wurde, auf einem Vertrage, sie kann also ohne beiderseitigen Consens nicht eintreten.[2] Da jedoch das Gesetz schon in der Aufnahme der Person eines Gastes den Consens über die custodia der eingebrachten Sachen erblickt, so kann die Ablehnung der Haftung nur erfolgen durch eine von dem Gastwirte oder seinem Vertreter vor, bezw. bei der Aufnahme des Gastes[3] abgegebene Erklärung.[4] Eine vorher etwa ergangene diesbezügliche allgemeine Kundmachung genügt nicht, solange der Gastwirt nicht beweist, dass sie dem Reisenden thatsächlich bekannt war;[5] noch weniger genügt ein diesbezüglicher Anschlag im Hause (Zimmer), welchen der Gast erst nach seiner Einkehr in dasselbe kennen lernt.[6]

---

[1] Die (acceptierte) Ablehnung bedeutet, dass trotz der Aufnahme des Gastes die vertragsmäßige custodia über dessen Sachen nicht platzgreift, daher die actio de recepto — mit ihrem Beweisprivileg nach § 966 — nicht angestellt werden kann. Dass gleichwohl dem Gaste die Delictsklage nach § 1316 bleibt, s. unten S. 417. — Ob übrigens mit dieser Ablehnung jede Obsorge für die eingebrachten Sachen gemeint ist, oder nur die strenge Haftung nach den Grundsätzen des receptum (§ 970), so dass eventuell eine Ersatzklage des Reisenden aus dem sonstigen Vertragsverhältnisse, etwa ex locato conducto frei bliebe, ist Auslegungsfrage; Sintenis S. 701 N. 20 entscheidet stets für das letztere.

[2] Vgl. oben S. 397, Weis S. 373.

[3] Genauer: Da die Haftung ex recepto die gesetzliche Rechtsfolge der Aufnahme des Gastes ist, so kann der Protest des Wirtes nur unter Consens des Gastes diese Rechtsfolge vermeiden (a. M. Weis S. 375 ff., welcher infolgedessen die nicht hieher gehörige Frage hereinzieht, ob der Gastwirt vermöge seines Gewerbes zur Aufnahme jedes Fremden verpflichtet sei); die Zustimmung des Gastes kann aber auch eine stillschweigende sein, und eine solche liegt darin, wenn er trotz Kenntnisnahme von jener Verwahrung in das Haus einzieht. Vgl. L. 7 pr. D. h. t., Goldschmidt S. 334 f., Zeiller III S. 209, Schuster S. 67, Krainz S. 271; treffend schon Cod. Ther. l. c. Nr. 106, während Slg. 3337 sogar ausdrückliche Zustimmung verlangt. Nach vollzogener Gastaufnahme wird allerdings zumeist nur ausdrückliche Zustimmung zu der Ablehnungserklärung des Wirtes genügen; vgl. Sintenis II S. 700 N. 20.

[4] An sich ist auch eine stillschweigende Ablehnung der Haftung denkbar; in der Übergabe des Zimmerschlüssels an den Reisenden aber kann eine solche nicht erblickt werden. Darüber ist man ziemlich einig, s. Glück l. c. S. 115 f., Weis S. 387 f., Zeiller III S. 209, Stubenrauch II S. 162. Doch ist anzuerkennen, dass der Reisende mit dem Schlüssel einen Theil der „Obsorge" für seine Sicherheit auf sich nimmt; die unterlassene Verschließung seines Zimmers kann daher unter Umständen als „eigenes Verschulden" (s. oben § 57 N. 36) die Haftung ex recepto reducieren. Vgl. Sintenis S. 698 N. 8, Sturm S. 31, Pr. L. R. l. c. §§ 450 f.

[5] Wenn der Reisende trotzdem in dem Hause eingekehrt ist, so liegt darin eben seine stillschweigende Zustimmung zu der Ausschließung der Wirkung der Gastaufnahme (vgl. oben N. 3); vgl. Goldschmidt S. 337, Sturm S. 30 f., S. 39, so meint es aber wohl auch Weis S. 384.

[6] Weis S. 385 f., Förster-Eccius

Das Gesagte gilt insbesondere auch von den, sehr gewöhnlichen, Anschlägen des Inhalts, dass der Wirt für Geld, Wertpapiere, Kostbarkeiten u. dergl. keine Haftung übernehme, falls dieselben ihm nicht zur persönlichen Aufbewahrung übergeben würden. Ein derartiger Anschlag, welcher dem Reisenden erst nach seiner Aufnahme zu Gesicht kommt, vermag als einseitige Erklärung des Gasthofsbesitzers die durch die Gastaufnahme schon begründete Haftung ex recepto nicht zu beseitigen.[7] Und dass der Reisende der Aufforderung, Sachen dem Wirte persönlich zu übergeben, nicht nachkommt, kann nicht als Zustimmung zu jener Ablehnung der Haftung gelten.[8] Nur in soferne kann dies von Bedeutung werden, als ein eigenes Verschulden des Gastes darin erblickt werden mag, wenn er von der ihm angebotenen besonderen Obsorge über seine Wertsachen keinen Gebrauch gemacht hat.[9] Je nach den Umständen des Falles kann, gemäß dem Principe des § 1304, dies eigene Verschulden des Reisenden die Haftung des Gastwirtes auf einen Theil des Schadens reduciren oder auch, als das weit überwiegende, gänzlich aufheben.[10]

Werden nun aber einzelne Sachen thatsächlich in besondere Verwahrung des Gastwirtes gegeben, so darf das Rechtsverhältnis gleichwohl nicht etwa als ein gewöhnliches Depositum beurtheilt werden.[11] Es bleiben dies doch immer vom Gastwirte in seinem Gewerbe übernommene Sachen eines aufgenommenen Gastes und deshalb die Haftung ex recepto nach §§ 970 und 1316 begründet.[12]

S. 345 N. 29, Dernburg S. 654; so auch Zürich. Gesb. § 1152 und jetzt D. Entw. § 626. Abweichend das Erkenntnis Seuffert X Nr. 162.

[7] Slg. 5664, 8954. Die Kostbarkeit der eingebrachten Sachen kann — da unser Gesetz nicht unterscheidet — auf die Wirkung der Gastaufnahme keinen Einfluss haben; vgl. Gruchot S. 81 f., Sintenis S. 700 N. 20. Neuere Gesetze statuieren in dieser Beziehung allerdings eine Ausnahme, so Zürich. Gb. § 1149, Sächs. Gb. § 1288; gegen die diesbezügliche Bestimmung des D. Entw. § 627, welche den Gastwirt zur persönlichen Verwahrung von Kostbarkeiten nöthigen will (D. Mot. II S. 589) mit Recht Sturm S. 40 f.

[8] Vgl. oben N. 3 a. E.

[9] So auch Goldschmidt S. 337 N. 120 a, Unger S. 252, Sintenis l. c., Slg. 5664, Schweiz. Obl. R. Art. 486; ähnlich schon Cod. Ther. l. c. Nr. 107.

[10] Es dürfte aber nicht ohneweiters in jedem solchen Falle ein „überwiegendes" Verschulden des Gastes anzunehmen sein, welches die Haftung des Wirtes gänzlich aufhebt (so, wie es scheint Unger l. c.); ersterer kann seine guten Gründe haben, gerade aus Vorsicht, Wertsachen dem Wirte nicht anzuzeigen.

[11] S. gegen diese Ansicht (Unger S. 251, Weis S. 372 f.) Pfaff S. 745 N. 313, Sintenis S. 699, Buddeus S. 448.

[12] Die Sicherheit des Gastes soll ja durch diese besondere Verwahrung (in thatsächlicher Beziehung) erhöht, nicht aber (juristisch) vermindert werden.

4. Die Haftung aus der Gastaufnahme[13] erlischt mit der vertragsgemäßen Endigung der Gewahrsame des Gastwirtes über die eingebracht gewesenen Sachen. Doch hört diese Gewahrsame nicht nothwendig schon mit der Entfernung aus dem Gasthause auf, sowie sie nicht nothwendig erst mit dem Eintritte in das Haus zu beginnen brauchte.[14] Sachen z. B., deren Wegbeförderung Leute des Gastwirts für den Reisenden besorgen, stehen insolange noch unter der Haftung ex recepto.

Regelmäßig wird die Herausgabe der Sachen mit der Abreise des Gastes zusammenfallen. Sowie aber die Übernahme der Sachen auch vor der thatsächlichen Aufnahme der Person des Gastes erfolgen kann, so kann deren Aufbewahrung auch nach der Abreise desselben fortdauern. Wenn ein Gastwirt, wie es sein Gewerbe mit sich bringt, Effecten eines abreisenden Gastes — etwa bis zu dessen bevorstehender Wiederkehr — weiter in Aufbewahrung behält, so besteht damit die Haftung ex recepto fort.[15] Aber auch für ohne darauf bezügliche Vereinbarung zurückgebliebene, etwa „vergessene" Sachen, haftet der Wirt an sich noch immer aus dem receptum.[16] In solchem Falle liegt lediglich mora accipiendi vor in Bezug auf die Rücknahme der Sachen, und diese hat, hier so wenig wie sonst, das Erlöschen der Verbindlichkeit zur Folge.[17] Allerdings aber entspricht es der allgemeinen Maxime (§ 1419), dass der Verpflichtete bei Verzug des Rückforderungsberechtigten nicht mehr für volle Diligenz aufzukommen habe.[18] Umsomehr muss mit dem Beginne der mora accipiendi des Reisenden die singuläre strenge Haftung des Gastwirtes ent-

---

[13] Zum Unterschiede von den concreten bereits erwachsenen Ansprüchen aus derselben, in welcher Beziehung insbesondere an die Erlöschung durch Ablauf der Präclusivfrist des § 967 erinnert sei (s. oben S. 402).

[14] Vgl. oben S. 400.

[15] Es tritt nicht etwa ein gewöhnliches Depositum an die Stelle des receptum (so Gimmerthal Arch. f. prakt. Rechtswiss. N. F. II S. 119 f.); denn — ganz so wie in dem oben bei N. 11 behandelten Falle — handelt es sich doch immer um Sachen, welche der Wirt in Ausübung seines Gewerbes von einem Gaste übernimmt. Vgl. Weis S. 342 ff., Glück VI S. 125 f., Buddeus S. 448, Gruchot S. 101 f., Sächs. Gb. § 1286.

[16] Weis S. 345 f., Sturm S. 32; a. A. Gimmerthal l. c. S. 120, Grützmann Lehrb. d. sächs. Pr. R. II S. 134 f. N. 11.

[17] Wie das Buddeus S. 448 behauptet; s. dagegen Krainz S. 269, Schey Mora cred. S. 51 f. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Haftpflicht des Wirtes aus der Gastaufnahme principiell auch fortbesteht, wenn er Sachen des Gastes auf Grund seines gesetzlichen Pfandrechts retiniert; vgl. Weis S. 347.

[18] Vgl. Schey l. c. S. 121 ff.

fallen, so dass nur die gewöhnliche Haftpflicht für eigenes Verschulden und culpa in eligendo bezüglich der Bediensteten übrig bleibt.[19]

Mit dem Tode des Gastwirtes erlöschen selbstverständlich die schon begründeten concreten Ansprüche gegen denselben nicht; diese gehen, wie andere Schulden, auf die Erben über. Die Haftung ex recepto als solche aber ist eine dem Gewerbe des Gastwirtes eigenthümliche und endigt daher mit dem Gewerbe. Doch darf nicht verkannt werden, dass sie fortbesteht, solange die Erben des verstorbenen Gastwirthes, bezw. sein ruhender Nachlass, das Gewerbsunternehmen thatsächlich noch fortführen.[20]

§ 59.

5. Eine Delictsklage[1] gegen den Gastwirt ist nach §. 1316 begründet, wenn durch sein Verschulden oder in seinem Hause durch das Verschulden einer Dienstperson[2] desselben die übernommenen Sachen einem Gaste entwendet oder beschädigt wurden.

Der Thatbestand dieser Delictsklage ist nicht ein dem Thatbestande des § 970 völlig entgegengesetzter, aber mit diesem doch auch nicht identisch.[3] Die Haftung des Wirtes für Delicte seiner Leute setzt „übernommene" Sachen (§ 1316) voraus, d. h. Sachen, welche in demselben Sinne, wie bei der „Gastaufnahme" überhaupt, in die Gewahrsame des Wirtes eingebracht wurden;[4] sie erstreckt sich also nicht etwa auf alle irgendwie — ohne Gastaufnahme oder gar gegen den Willen des Wirtes — in sein Haus gelangte Objecte. Sie setzt aber nicht nothwendig die übernommene Haftung voraus, sie kann also auch gedacht werden, wo eine vertragsmäßige Haftpflicht des

---

[19] Gleichwohl bleibt es, schon wegen der Vertheilung der Beweislast nach § 1298, von Bedeutung, dass dies doch noch immer eine Haftung aus dem Vertrage, dem receptum, ist.

[20] Nur mit dieser Einschränkung — für welche die Rechtsanalogie der §§ 1022, 1025 angerufen werden kann — ist die Bemerkung bei Schuster S. 73 richtig.

[1] Delictsklage, weil sie, im Gegensatze zur Contractsklage aus dem Receptum, (nur) auf dem Thatbestande eines, sei es von dem Wirte selbst, sei es von einer Person, für welche dieser verantwortlich ist, begangenen Delicts beruht (vgl. Krainz S. 270). Mit Rücksicht auf die zweitgenannte Eventualität kann sie auch als Quasidelictsklage bezeichnet werden, so Unger S. 240, vgl. auch Goldschmidt S. 71.

[2] In welchem Sinne „Dienstpersonen" zu verstehen sind, s. oben S. 403.

[3] Wenn Unger S. 248 den Thatbestand beider Klagen als „völlig gleichgemacht" bezeichnet, so geht dies in der That zu weit; vgl. Pfaff S. 725 N. 280.

[4] Unger S. 248 N. 21, Stubenrauch II S. 162, Slg. 5931; anders allerdings nach gemeinem Recht, s. Weis S. 284, Goldschmidt S. 68.

Gastwirts nicht oder nicht mehr besteht.[5] Anderseits beschränkt sich die Verantwortlichkeit der Wirte für Delicte ihrer Leute nach dem klaren Wortlaute des § 1316 auf Vorgänge „in ihrem Hause",[6] während die vertragsmäßig übernommene Obsorge auf Grund des receptum sich unter Umständen über diese Grenze hinaus zu erstrecken hat.

Dem praktischen Erfolge nach unterscheidet sich die Delictsklage des § 1316 von der Vertragsklage aus der Gastaufnahme (§ 970) vor allem durch die verschiedene Regelung der Beweislast. Während der Kläger bei der actio de recepto nach § 1298 lediglich die Gastaufnahme, die Einbringung der betreffenden Sachen und die erlittene Beschädigung darzuthun hat, obliegt ihm nach § 1296 bei der Delictsklage überdies noch der, oft unerschwingliche, Beweis, dass diese Beschädigung durch ein Verschulden des Wirtes selbst oder einer bestimmten Dienstperson desselben verursacht sei.[7]

Auch der Beweis durch den Eid des § 966 bildet eine Eigenthümlichkeit des auf das Verhältnis der Gastaufnahme anzuwendenden Rechts des Verwahrungsvertrages und kommt daher dem Kläger, welcher sich nicht auf diesen Vertrag, sondern auf ein Delict des Gegners stützt, nicht zu Gute.[8] Ebensowenig kommt hier die dem Depositum eigenthümliche Beschränkung der Ersatzklage durch die Präclusivfrist des § 967 zur Geltung;[9] die Delictsklage unterliegt nur der Verjährung des § 1489.

Beide Klagen concurrieren, so oft der Thatbestand für beide gegeben ist.[10] Da nun aber der Umfang des Ersatzes, welchen der Kläger erzielt, bei beiden derselbe ist,[11] während nach obiger Ausführung die Stellung des Klägers bei der Delictsklage eine weit schwierigere ist, so ist, was das praktische Verhältnis der beiden Rechtsmittel anbelangt, klar, dass der Weg der Delictsklage thatsäch-

---

[5] Vgl. Unger S. 249: „Im Fall des § 970 haftet der Wirt für die Sachen . . . im Fall des § 1316 für die Personen."

[6] So auch Krainz S. 270 f.; in diesem Punkte ebenso das röm. Recht, s. Goldschmidt S. 69.

[7] Unger S. 249, Krainz S. 271; vgl. Zeiller III S. 745 f.

[8] Winiwarter IV S. 577.

[9] Winiwarter l. c., Krainz S. 271 N. 46, Slg. 215

[10] Über das Concurrenzverhältnis der actio de recepto und der prätorischen Strafklage des römischen Rechts s. Goldschmidt §§ 2, 3, Weis S. 285 f.

[11] Nach classischem Rechte, wo die actio furti adv. naut. in duplum gieng, war das Nebeneinanderbestehen beider Rechtsmittel naturgemäß von anderer Bedeutung; vgl. Pfaff Gutacht. S. 88.

Die

Obligationsverhältnisse

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Josef Freiherrn von Schey
o. ö. Professor an der Universität Wien.

I. Band.

3. Heft:

Der Bevollmächtigungsvertrag (Auftrag).

Wien, 1907.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Alle Rechte vorbehalten.

Buchdruckerei der Manz'schen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Inhalt des III. Heftes.

II. Abschnitt: Obligationsverhältnisse aus Geschäftsführung.

		Seite
	1. Kapitel: Der Bevollmächtigungsvertrag (Auftrag)	419—740
	I. Begriff und Wesen des Bevollmächtigungsvertrages	419—497
	A. Der Legalbegriff	419—457
§ 60.	Die Definition des ABGB.	419—428
	Zusatz. Geschichtliche Entwicklung des Begriffs	421—428
§ 61.	1. Auftrag, Vollmacht, Ermächtigung	428—446
	Zusatz	441—446
§ 62.	2. Auftrag und Geschäftsbesorgung	446—453
§ 63.	3. Geschäftsbesorgung im eigenen Namen	453—457
§ 64.	B. Die causa des Bevollmächtigungsvertrages	457—497
	Zusatz. „Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation"	462—466
§ 65.	1. Auftrag und Befehl	466—470
§ 66.	2. Auftrag, Rat, Empfehlung	470—478
§ 67.	3. Auftrag und Anweisung (Assignation)	478—488
§ 68.	4. Verkaufsauftrag, Trödelvertrag	488—491
§ 69.	5. Verhältnis zum Verwahrungsvertrag	491—492
	6. Verhältnis zum Lohnvertrag	492—496
	7. Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag	496—497
§ 70.	**II. Gegenstand des Auftrags**	497—517
	1. Erlaubtheit der Geschäftsbesorgung	497—501
	2. Geschäftsbesorgung in öffentlichrechtlichen Verhältnissen	501
§ 71.	3. Der Botenauftrag	502—503
	4. Geschäftsvermittler (Mäkler)	503—505
	Zusatz. Der „Bote"	505—508
§ 72.	5. Erwerb, Ausübung oder Aufgeben des Besitzes	509—513

Seite

§ 73. 6. Rechtsausübung . . . . . 513—515
7. Erfüllung einer Verbindlichkeit solutio . . . 515—516
8. Spezifikation . . . . . 516—517

§ 74. **III. Der Abschluß des Bevollmächtigungsvertrages** . . . 518—530
1. Annahme oder Nichtannahme des Auftrages . . 519—522

§ 75. 2. Die Form . . . . . 522—530
Zusatz. Annahme durch Erfüllungshandlungen 527—530

IV. Die Verpflichtungen aus dem Bevollmächtigungsvertrage . . . . . 531—671

A. Verpflichtungen des Mandatars . . . . 531—643

§ 76. 1. Treuepflicht des Mandatars . . . . . 531—539
2. Diligenzpflicht 539 541
Zusatz. „Treu und Glauben" in Schuldverhältnissen . . . . . 541—548

§ 77. 3. Geschäftsbesorgung a Gemäß dem Auftrag . 549—550
b Auslegung des Auftrags 550—551
c Abweichung von den Instruktionen . . . 551—553
d Unmöglichkeit der Ausführung . . . . . 553—554
e Nachträgliche Weisungen des Geschäftsherrn . . 554

§ 78. 4. Überschreitung des Auftrags . . . . . 554—560
5. Compensatio lucri cum damno 560
Zusatz . . . . . 560—566

§ 79. 6. Die Herausgabepflicht des Mandatars . . . 566—589
Zusatz 1. Wesen des fiduziarischen Geschäfts . . . . . 574—578
Zusatz 2. Theorie der gesetzlichen Zinsen 578—589

§ 80. 7. Die Rechnungslegungspflicht des Mandatars 589—601
Zusatz. Allgemeine Rechnungslegungspflicht 601—603

§ 81. 8. Zuziehung von Hilfspersonen . . . . . 604—616

§ 82. 9. Auftrag an mehrere Mandatare . . . . . 616—627
Zusatz. „Bloße Solidarität" . . . . . 620—627

§ 83. 10. Der Auftrag zum Vorteile eines Dritten . 628—643
a) Der Fall des § 1019 ABGB. . . . . 629—633
b) Die Wirkung zu Gunsten des Dritten . . . 633—636
c Form des Vertrages . . . . . 636—637

§ 84. d Verträge zu Gunsten Dritter im Allgemeinen . 637—643

B. Verpflichtungen des Mandanten . . . . 644—671

§ 85. 1. Gegenansprüche aus der Geschäftsbesorgung (actio mandati contraria). . . . . 645—660

		Seite
	a) Geschäftsbesorgung auf Rechnung des Mandanten	646—652
§ 86.	b) Auf Gefahr des Mandanten	652—660
	Zusatz. Zufallshaftung	657—660
§ 87.	2. Lohnanspruch des Mandatars	660—666
§ 88.	3. Geltendmachung der Ansprüche des Mandatars	666—670
	4. Bei Beauftragung durch mehrere Mandanten	670—671
§ 89.	**V. Endigung des Auftragsverhältnisses**	671—724
§ 90.	1. Vollendung der Geschäftsbesorgung	675—676
	2. Unmöglichkeit der Ausführung	676—677
	3. Ablauf der Zeit	678
	4. Aufhebung durch beiderseitige Einwilligung	678
	5. Novation	678—679
	6. Substitution	679
§ 91.	7. Widerruf	680—690
	8. Aufkündigung	690—695
§ 92.	9. Tod	695—703
	a) Tod des Mandanten	697—699
	b) Tod des Mandatars	699—700
	c) Vorläufige Fortdauer des Auftragsverhältnisses	701—702
	d) Auflösung der juristischen Person	702—703
§ 93.	10. Konkurs	703—711
	11. Verlust der Geschäftsfähigkeit	711—714
§ 94.	Wirkung der Endigungsgründe — A bei einer Mehrheit von Mandanten oder Mandataren	714—717
§ 95.	B im Falle der Intervention von Substituten oder Gehilfen	717—724
	Anhang. Unentgeltliche Aufträge zu (nicht rechtsgeschäftlichen) Dienstleistungen	725—740
§ 96.	Beurteilung im Allgemeinen	725—734
§ 97.	Die Anwendung der Auftragsnormen im Einzelnen	734—740

lich immer nur dort betreten werden wird, wo die Contractsklage versagt.[12] Solche, nicht allzu häufig vorkommende, Fälle sind die folgenden:

a) Wenn der Gastwirt bei der Aufnahme des Gastes die Übernahme der Haftung für die einzubringenden Sachen in rechtswirksamer Weise abgelehnt hätte.[13]

b) Wenn die Klage aus dem Vertrage des Receptum durch Ablauf der 30tägigen Frist des § 967 präcludiert wäre,[14] während die Verjährungszeit des § 1489 noch nicht verstrichen ist.

Der Fall concurrierenden eigenen Verschuldens des Reisenden möchte nicht hieher zu zählen sein.[15] Eigenes Verschulden des Gastes beseitigt, wie oben gezeigt wurde, nicht ohneweiters die Haftung des Gastwirtes aus der Gastaufnahme, sie beeinflusst vielmehr nur Inhalt und Umfang dieser Haftung.[16] Wenn aber dies „eigene Verschulden" im concreten Falle als ein so sehr überwiegendes erscheint, dass der Ersatzanspruch ex recepto völlig zu versagen ist, dann muss offenbar dasselbe Verhältnis zu demselben Resultate führen auch für die unmittelbar auf das Verschulden des Wirtes oder eines seiner Leute basierte Entschädigungsklage ex delicto.[17]

---

[12] Vgl. Unger S. 250. — Dass umgekehrt auch Fälle denkbar sind, wo die Contractsklage möglich, die Delictsklage aber ausgeschlossen ist, s. oben bei N. 6.

[13] So mit Recht die herrschende Lehre; Zeiller III S. 745, Scheidlein S. 113 f., Winiwarter IV S. 576 f., Unger S. 250 f., Pfaff S. 747 N. 315. Irrig dagegen Nippel VIII, 1 S. 160 f.

[14] Es ist zu beachten, dass § 1316 nicht bloß den Fall der Entwendung im Auge hat, in welchem allerdings § 967 gar nicht zur Anwendung kommen könnte; vgl. oben S. 340.

[15] Ihn führt Unger S. 252 (vgl. auch Pfaff S. 747 N. 315) an. — Dass der Fall „heimlichen" Einbringens nicht hieher gehört, ergibt sich aus dem oben § 57 N. 7 Gesagten. — Ebensowenig gehört hieher der Fall der Beschädigung von Sachen, welche der Reisende bei sich trägt, oder in eigener Verwahrung behalten hat (so bei Sintenis S. 698 N. 8, Winiwarter IV S. 168), oder dem Gastwirte zu besonderer Verwahrung übergeben hat (so Unger S. 251); denn in allen diesen Fällen ist die vertragsmäßige Haftung aus der Gastaufnahme nicht ausgeschlossen, s. oben § 57 N. 2 und S. 413.

[16] S. oben S. 406.

[17] Den Unterschied zwischen § 970 und § 1316, über welchen die älteren österreichischen Schriftsteller „die sonderbarsten Vorstellungen" (Krainz S. 270 N. 44) hatten (unklar auch Scheidlein S. 111 ff., der sich ex professo mit der Frage befasste, und auch die neueste Auflage von Stubenrauch zu § 970, besser schon Zeiller III S. 745 f.), haben erst Pfaff Gutachten S. 88 und Unger S. 247 ff. (s. aber auch Krainz S. 270 f.) klar dahin formuliert: § 970 ergebe eine Contractsklage, § 1316 eine (Quasi-) Delictsklage. So sehr dies nun den Kern der Sache trifft, so muss auf Grund der Ausführungen des Textes doch noch eines bemerkt werden. Unstreitig handelt § 970 bloß von der vertragsmäßigen Haftung des Gastwirtes, dem receptum cauponum. Ebenso sicher fließt aus § 1316 eine Delictsklage gegen den Gastwirt. Aber der Inhalt des § 1316 ist damit nicht erschöpft. Wie von dem 30. Hauptst.

des II. Th. des a. b. Gb. überhaupt, so kann auch von § 1316 nur gesagt werden, er normiere „vorwiegend Delicte" (Pfaff l. c. S. 88). Das 30. Hauptstück stellt principielle Sätze auf für die Schadenersatzpflicht sowohl bei „Übertretung einer Vertragspflicht" wie „ohne Beziehung auf einen Vertrag" (Delict) (§ 1295 (vgl. dazu Pfaff l. c. S. 23 ff.); und nur insoferne die letzteren Fälle nicht wie die Vertragsobligationen auch an anderer Stelle besonders behandelt werden, kann für Delicte allerdings das 30. Hauptstück als sedes materiae gelten. Geradeso nun, wie z. B. die §§ 1295, 1299, 1324, und insbesondere § 1313, so enthält auch § 1316 eine Maxime, welche nicht nur bei Delicten, sondern auch bei „Übertretung einer Vertragspflicht" der „Wirte, Schiffer und Fuhrleute" zur Geltung zu kommen hat, und deshalb ist § 970 aus § 1316 zu ergänzen (wie dies in der That auch Zeiller III S. 208 thut); deshalb erscheint auch § 1316 im § 970 citiert (s. darüber oben S. 410) (und deshalb möchte auch § 1317 nicht eigentlich als „lex fugitiva" zu bezeichnen sein; so Unger S. 250 N 23). Das Ergebnis ist also, dass der Gegensatz „Contracts—Delictsklage" das Verhältnis zwischen § 970 und § 1316 nur in dem Sinne richtig charakterisiert, dass ersterer nur die Vertragsobligation aus der Gastaufnahme normiert, während letzterer auch eine Delictsklage gegen den Gastwirt gewährt.

II. Abschnitt: Obligationsverhältnisse aus Geschäftsführung.

1. Kapitel: Der Bevollmächtigungsvertrag (Auftrag).

ABGB. §§ 1002—1033. — Krainz II §§ 381—384: Schuster-Bonnott § 37. — Buchner Versuch einer Theorie d. Vollmachts-Vertrages (1809); Kritz Pandektenrecht I. T. 1. Bd. (1835) S. 1—114: Pothier Traité du contrat de mandat (Œuvres VI p. 79—197); Troplong Commentaire du mandat (1847)*): Dankwardt Nationalökonom.-zivilistische Studien II (1869) S. 76—108: Gruchot Beiträge z. Erl. d. preuß. R. XIV (1870) S. 321 ff., Grünhut D. Recht d. Kommissionshandels (1879): Le Jolis Du mandat et de la commission (1881): Freie Zur Lehre v. d. beauftragten Vermögensverwaltung (1889): Guillouard Traités des contrats aléatoires et du mandat (1894): Jsay D. Geschäftsführung nach dem BGB. (1900): Hupka Die Vollmacht (1900): Dniestrzanski D. Aufträge zu Gunsten Dritter (1904. — Unterholzner II §§ 617—622: Arndts §§ 291—295: Windscheid-Kipp §§ 409—412: Dernburg P. II §§ 115—119: Pr. R. II §§ 180—184: Förster-Eccius II §§ 141, 142. — BGB. §§ 662—676. — Schollmeyer D. Recht d. einzelnen Schuldverhältnisse (1904) S. 120—126: Matthiaß I § 125: Endemann (8. Aufl.) I § 173: Dernburg 2. Aufl.) II 2 §§ 293—298: Cosack (3. Aufl.) I § 150: Crome II § 252, 253: Landsberg I § 144: Kohler II 1 §§ 145, 146.

I.

Begriff und Wesen des Bevollmächtigungsvertrages.

A.

Der Legalbegriff.

Röser, Über d. Begriff d. Mandatskontrakts, Gruchot Beitr. VII S. 506 ff.

§ 60.

Die Definition des ABGB. § 1002 lautet:

„Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag."

---

*) Ausführliche Nachweise der älteren Literatur bei Troplong p. IXss.; vgl. auch Glück XV S. 239 N. 1.

Kein Zweifel, daß dieser „Bevollmächtigungsvertrag" die Stelle des römischen und gemeinrechtlichen „Mandats"[1] oder „Auftrags"[2] einzunehmen bestimmt ist, die auch das neue deutsche bürgerliche Recht aufgenommen hat.[3] Bezeichnet doch das ABGB. eben in diesem § 1002, sowie in § 1011 oder § 960, als Gegenstand des Rechtsverhältnisses ein „aufgetragenes" Geschäft, den Vertrag selbst aber als angenommen oder übernommenen „Auftrag" (§§ 1002, 1003, 1019, 1403),[4] mag auch anderwärts „Auftrag" und „auftragen" im populären Sinne vorkommen, in welchem die Ausdrücke teils nur eine einseitige, erst noch der Annahme harrende Erklärung (§ 1003), teils auch ein über den Rahmen des § 1002 hinausreichendes Geschäftsverhältnis betreffen.[5] Es wird daher auch für das österreichische Recht die technische Benennung „Auftrag" neben der des „Bevollmächtigungsvertrages" zulässig sein.[6] Ja aus Gründen, welche die folgenden Ausführungen ergeben, dürfte für die wissenschaftliche Darstellung die erstere sogar den Vorzug verdienen, sowie auch die an dem Rechtsverhältnisse im Sinne § 1002 beteiligten Personen als „Mandant und Mandatar" oder „Auftraggeber und Beauftragter" benannt werden mögen, während das Gesetz ihnen die Namen „Gewaltgeber und Gewalthaber" oder „Machtgeber und Machthaber" beilegt (§§ 1005, 1007, 1009—1026 u. a.).

Wichtiger als diese terminologischen sind die sachlichen Beziehungen unseres „Bevollmächtigungsvertrages" zu den verwandten Instituten des eigenen, sowie fremder Rechtssysteme.

Nun liefern die Worte des § 1002 an sich eine scharf umrissene Begriffsbestimmung:[7] Bevollmächtigungsvertrag — der Vertrag,

---

[1] Vgl. das amtliche Register des ABGB. v. „Mandatum".

[2] Amtliches Register v. „Auftrag". Auch die AO. v. 1868 § 11 spricht vom „Auftrag" des Advokaten.

[3] Das BGB. handelt im 10. Titel des VII. Abschn. des II. Buches vom „Auftrag". Ebenso heißt das Verhältnis im schweiz. Oblig. R. Artt. 392 ff., im sächs. GB. § 1295 „Auftrag" oder „Mandat".

[4] Ganz so PrLR. I 13 § 6; das Rechtsverhältnis führt hier die für die Auffassung des Gesetzes charakteristische Bezeichnung „Vollmachtsauftrag": vgl. unten S. 428.

[5] Vgl. Schiffner § 120 N. 27. Auch das deutsche BGB. wird diesen populären Sprachgebrauch kaum beseitigen, vgl. Dernburg II 2 S. 362 f., Ilay S. 19 N. 1, Leonhard Die Anfechtbarkeit d. Vertr. f. das Vermögen eines Dritten S. 39.

[6] S. auch Stubenrauch zu § 1002, Krainz S. 383, Schuster-Bonnott § 37.

[7] Das deutsche BGB. will zwar eine Definition des „Auftrages" vermeiden, kommt aber doch mit § 662 auf eine solche hinaus; vgl. Ehrlich Das zwingende u. nichtzwingende Recht S. 28 f.

dessen Inhalt die Übertragung einer Stellvertretung bildet, und zwar sogenannter direkter Stellvertretung, wie sich dies aus dem Merkmal der Geschäftsbesorgung „im Namen" des Machtgebers ergibt.[8] Unter diese Definition fällt die entgeltliche, sowie die unentgeltliche Vertretung,[9] aber auch die „Übernahme" der „Befugnis" (§ 1035) nicht minder als der Pflicht zur Vertretung.[10] Allein nicht nur die Erinnerung an das klassische mandatum und die schwankende Linie der **geschichtlichen Entwicklung des Begriffes,** welche Zusatz. den Weg von jenem zu der Kodifikation des XVIII. Jahrhunderts bezeichnet, macht bedenklich gegen diese Auffassung; in mehr als einer Richtung scheint dieselbe zu Unklarheit und Zweifel auch im Rahmen des Gesetzbuchs selbst zu führen. Wenn das Mandat des ABGB. nicht mehr, wie das römische, durch die Unentgeltlichkeit sich von der locatio conductio operis oder operarum scharf abhebt, wie ist dann die Grenze gegen diese zu ziehen? Und wiederum, falls der Auftrag des österreichischen Rechts wirklich lediglich „Vollmachts"-Vertrag ist, ist er dann überhaupt noch ein Obligationsverhältnis? Endlich, wenn nach § 1002 Mandatar ist, wer „im Namen" des Mandanten auftritt, steht dann die sogenannte indirekte Stellvertretung gar nicht unter den Normen des „Bevollmächtigungsvertrages?"

Alle diese nicht einfachen Fragen nötigen zu umständlicher Untersuchung der an die Spitze gestellten Legaldefinition — nicht etwa bloß, um eine schulgerechte Begriffsbestimmung, sondern um tieferen Einblick in die Zwecke des Rechtsinstitutes und damit den Standpunkt zu gewinnen, von dem aus erst der Gehalt der gesetzlichen Vorschriften über den definierten Tatbestand erkannt werden kann.[11]

Zusatz. Die **geschichtliche Entwicklung des Begriffs** des „Bevollmächtigungsvertrages" — hier nur eine kurze Skizze — lehrt die Grundlagen des geltenden Rechts begreifen. Das mandatum des römischen Rechts hat vermutlich mit einer sozusagen archaistischen

---

[8] Für die neuere Rechtssprache zweifellos; s. nur Art. 52 HGB., § 164 BGB.; dazu die Zitate bei Schloßmann Die Lehre v. d. Stellvertretung I S. 136 f.

[9] In dieser Beziehung bestätigt § 1004 das Schweigen des § 1002.

[10] So Krainz II § 381; vgl. auch Zeiller III S. 270 und Kritz S. 104. Deutlich so PrLR. I 13 § 5: „Die Willenserklärung, wodurch einer dem anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt". Daß im § 1002 das Wort „übernimmt" nicht von vornherein lediglich auf die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung bezogen werden muß, zeigt die Vergleichung etwa mit § 425 oder § 1461, wo von Übernahme" des Eigentums die Rede ist.

[11] Vgl. unten S. 439.

Form begonnen, dem „mandare“ als Realakt.[12] Darüber kann für die Zwecke dieser Untersuchung hinweggegangen werden. In klassischer Zeit ist das Mandat der Konsensualkontrakt, durch welchen jemand unentgeltlich eine Besorgung für einen anderen übernimmt. Gleichviel, welches der Gegenstand dieser Besorgung ist, gleichviel insbesondere, ob der Auftrag rechtlicher oder rein tatsächlicher Natur ist.[13] Als charakteristisch erscheint eigentlich nur die Unentgeltlichkeit und nur diese, nicht etwa Gegenstand und Art der Dienstleistung scheint die Abgrenzung gegen die locatio-conductio operarum oder operis zu ergeben.[14] Rein formell also ganz richtig, wenn der Pandektist erklärt: Wird irgend eine Arbeit gegen Lohn übernommen, so liegt locatio conductio vor, wird sie ohne Entgelt versprochen, mandatum.[15] Soweit an Verrichtungen nur faktischer Natur gedacht ist, ist damit der Gegensatz wirklich erschöpft und mag es genügen, ihn in die Schlagworte „Erwerbsgeschäft“ und „Freundesgeschäft“[16] zu fassen. Allein, um hier noch die Frage zu unterdrücken, ob denn die „Freundschaft“ als „causa“ eines negotium zur Individualisierung eines Obligationsverhältnisses ausreicht;[17] sollten die Römer in Wahrheit eine Summe subtiler Rechtssätze zu einem Rechtsinstitute ausgearbeitet haben, welches unter dem Namen des Mandats im Album des Prätors und in den Schriften ihrer Rechtsgelehrten einen breiten Raum einnimmt, auf Grund der praktisch herzlich unbedeutenden Fälle, wo einer sich zu einer Handwerks- oder sonstigen Dienstleistung aus Gefälligkeit ohne Bezahlung herbeiließ?[18] Als Schulbeispiel für den Anfänger zur Beleuchtung der Grenzen des Mandatsbegriffes dient ja vortrefflich die Arbeit des Kleiderreinigens — locatio conductio, wenn sie bezahlt wird, mandatum, wenn kein Lohn bedungen ist. Aber das treibende Element in der lebendigen Rechtsentwicklung war gewiß nicht der Rechtsstoff solcher Fälle, sondern solcher, wo der Mandatar negotia im Rechtssinne zu gerieren hatte, wo er als

[12] In diesem Sinne dürfte die hergebrachte Etymologie mandare = manu dare (s. die Zitate bei Treplong Nr. 3 und Glück XV S. 240) zutreffen. Zur Geschichte des römischen Mandatskontraktes s. Wlassak Zur Gesch. d. neg. gestio S. 81 ff., Karlowa Rechtsgeschichte II S. 663 ff.; beachtenswert in dieser Richtung, trotz gewisser Bedenken (s. Windscheid-Kipp § 410 N. 2 und Jacobi im Jurist. Literaturblatt 1897 S. 36), Carlebach Die actio mandati (1896), weitgehende historische Hypothesen bei Dnieſtrzanski §§ 7—9. Anders versteht die „res mandata“ Pernice Labeo I S. 443. Eine nicht tief begründete, „historische Entwickelung“ gibt Dankwardt S. 77 ff.

[13] Eck in Holtzendorff Rechtslex. v. Mandat, Dernburg P. II § 115, Dankwardt S. 80.

[14] L. 1 § 4 D. mand. 17, 1.

[15] Oder, falls die Leistung nur in der custodia einer Sache besteht, depositum; vgl. oben § 38 N. 11.

[16] Vgl. besonders Treplong Nr. 153 ss., Le Jolis Nr. 7, Brinz P. II S. 771, auch Petrazycki Lehre v. Einkommen II S. 358: „Die Regeln des mandatum sind den Verhältnissen der amicitia und des officium angepaßt, die Regeln der locatio conductio den Verhältnissen des ökonomischen Kampfes ums Leben“.

[17] Worauf unten S. 461 zurückzukommen sein wird.

[18] Vgl. auch Röſer S. 507.

Organ des Mandanten im Rechtsverkehr auftrat. Das ist allerdings eine „causa", welche juristischer Ausgestaltung bedürftig und geeignet war, einem Kreis von Rechtsnormen Ziel und Richtung zu geben. Und in der Tat, jene Entgegenstellung entgeltlicher und unentgeltlicher faktischer Dienste findet sich im römischen Lehrbuch, bei Gaius und Justinian;[19] in dem großen Titel „Mandati" der Digesten dürften kaum mehr als zwei oder drei Fragmente nachzuweisen sein, die von derartigen Aufträgen bloß faktischer Natur sprechen, im Kodex-Titel wohl nicht eine einzige! Im Mittelpunkte der Untersuchung steht überall der Mandatar entweder als Bürge oder als procurator der negotia des Mandanten.[20] Man darf also wohl behaupten, daß für die Ausbildung der „causa" des Mandatsvertrages diese Verhältnisse ausschlaggebend waren. Und hier gewinnt auch die Regel „mandatum nisi gratuitum nullum" einen tieferen Sinn; hier bedeutet sie: Die Übernahme der procuratio soll nicht gegen Entgelt geschehen,[21] sie kann deshalb nicht Gegenstand einer locatio conductio werden, sondern nur eines eigenartigen Vertrages, des mandatum.[22] Deshalb ist die Unentgeltlichkeit wesentliches Merkmal des Mandats geworden, nicht bloß einer Begriffsabgrenzung zuliebe. Daher begreift sich auch, daß, als bei geänderter Anschauung spätere Generationen der Römer an der Vereinbarung eines Entgelts für den procurator nicht mehr Anstoß nahmen, das Auftragsverhältnis gleichwohl nicht zur locatio gestellt wurde, sondern nur eine extraordinaria cognitio zur Sicherung des Lohnanspruches zulässig schien.[23] Tatsächlich gab es nun besoldete Mandatare, formell allerdings keine actio mandati auf Bezahlung,[24] und der Begriff des Mandatskontraktes blieb daher nach wie vor der eines unentgeltlichen Geschäfts.[25]

---

[19] Gai. III 162 (ebenso in L. 22 D. praescr. verb. 19, 5); § 13 I. mand. 3, 26.

[20] Das ist schon gelegentlich bemerkt worden, s. z. B. Brinz II S. 772 N. 5, jetzt auch Dniestrzanski S. 287 ff. Nicht recht verständlich aber ist mir die subtile Unterscheidung bei Karlowa Rechtsgeschäft S. 240 f., wonach, im Gegensatze zu locatio conductio, der Mandatar auch rein faktische Dienste als „Vertreter" des Mandanten leisten soll; s. dagegen Mitteis Lehre v. d. Stellvertretung S. 1 f.

[21] Vgl. W. Endemann Die Behandlung d. Arbeit im Privatrecht S. 26; bezüglich des cognitor Eisele Kognitur u. Prokuratur S. 47.

[22] Im Handelsverkehr scheint man viel früher anders geurteilt und den Geschäftsbevollmächtigten unbedenklich als Lohnarbeiter behandelt zu haben, vgl. L 1 § 18 D. de exerc. act. 14, 1, dazu Baudana-Vaccolini Arch. giurid. LV p. 407. — Im übrigen mag es immerhin sein, daß gewisse den Römern als unschätzbare Berufsleistungen geltende Geschäfte nicht nur der locatio conductio, sondern auch dem mandatum entzogen waren — so Löwenfeld Inästimabilität und Honorierung d. artes liberales, in der Münchener Festgabe f. Planck S. 387 f. S. 400 — für die procuratio trifft das gewiß nicht zu, vgl. Paul. S. I, 3: „Mandari potest procuratio".

[23] L. 7 D. h. t. L. 1 C. h. t. 4, 35.

[24] Daß die Entstehung des Mandats aus einem „Bargeschäft" für „die Einführung der Äquivalentsklage keinen Platz" lasse, Carlebach a. a. O. S. 10, reicht wohl zur Erklärung nicht aus.

[25] Für das „heutige römische Recht", welches gegen den Unterschied zwischen

— Betrachtete somit der römische Jurist das Mandat in erster Linie als Mittel zur Sicherung der Besorgung von Rechtsakten für andere, so ist damit auch die Beziehung zur Stellvertretung gegeben; ist doch in einem Rechtssysteme, welches für die wichtigsten Verkehrsgeschäfte direkte Stellvertretung nicht kennt, einzig ein obligatorisches Band zwischen procurator und dominus im stande, die Wirkungen der Vertretung zu realisieren, indem es sie gegenseitig zu deren Übertragung von der Person des ersteren auf die des letzteren verpflichtet.[26] So umfaßte die causa mandati naturgemäß zugleich den Zweck der Sicherung eines Vertretungsverhältnisses zwischen Mandatar und Mandanten; und nach alledem enthält also schon das mandatum des klassischen Rechts die Keime des Überganges zum „Bevollmächtigungsvertrage."[26a] — Der Usus modernus Pandectarum hat diese Keime aufgenommen, aber doch, wie es nun einmal seine Art war, am Texte der Quellen zu sehr festgehalten, um sie voll und folgerichtig zu entfalten. Man anerkannte, daß die Unentgeltlichkeit nicht mehr das Wesen der Sache ausmachen könne, seitdem „in foro Germanico" der Unterschied zwischen actio und extraordinaria cognitio verschwunden, somit ein klagbarer Anspruch auf Entgelt aus dem Mandatsvertrage gegeben war.[27] Die Scheidewand zwischen Mandat und Dienstmiete war damit allerdings ins Wanken geraten, mochte man sich auch, um den überlieferten Begriff zu retten, darauf steifen, das Honorar des Mandatars sei seiner Natur nach etwas anderes als der Lohn des gewöhnlichen Arbeiters, ein Gedanke, der ja auch der Literatur der neuesten Zeit nicht fremd ist.[28] Die Schwierigkeit der Anwendung dieses Kriteriums im konkreten Falle aber kam den Praktikern des gemeinen Rechts vielleicht deshalb kaum zum Bewußtsein, weil sie, eben wieder infolge ihres Haftens an den Leges der Digesten und des Kodex, unter dem Mandat immer die Besorgung von Rechts-

---

actio und extraordinaria cognitio unempfindlich ist (vgl. unten N. 28), trifft diese Begriffsabgrenzung nicht mehr zu; und ein Satz, wie etwa bei Windscheid § 409 — „der Auftrag ist seiner Natur nach unentgeltlich; doch verträgt er . . . auch das Versprechen eines Honorars" — erscheint geradezu paradox.

[26] Eisele a. a. O. S. 58 f.: „Nimmt man es (das Mandatsverhältnis zwischen Procurator und Dominus) weg, so geht das ganze Institut der prozessualen Prokuratur aus den Fugen"; vgl. auch Dernburg Pr. R. I S. 256 N. 2.

[26a] Beachtenswert ist auch, daß die römischen Quellen, dort wo ausnahmsweise direkte Stellvertretung zugelassen ist, mit dem Ausdruck „mandare" die Vollmacht in unserem modernen Sinne bezeichnen, so z. B. L. 3 § 7 D. d. bon. poss. 37, 1. L. 42 § 1 D. d. poss. 41, 2. — Daß aber anderseits den Römern auch locatio conductio als „Grundverhältnis" der Stellvertretung nicht fremd war, zeigt die oben N. 22 zitierte L. 1 § 18.

[27] S. etwa Cocceji Jus civ. controvers. XVII. 1 Qu. 7, Lauterbach Coll. theor.-pract. XVII. 1 § 15. Kritz S. 29.

[28] Cocceji l. c.: „nec desinit esse gratuitum, licet honorarium promittatur, quia eo non aestimatur opera praestita, . . . sed potius remuneratio quaedam et grati animi significatio" — vgl. noch für das BGB. Planck II S. 409, s. übrigens unten § 64 bei N. 22.

geschäften dachten[29] und so, bewußt oder unbewußt, den Gegensatz zur locatio conductio operarum in der besonderen Art der zugesagten Dienste fanden. Auf diesem Gebiete ging man allerdings schließlich offenen Auges über die formalen Schranken des römischen Rechts hinaus, indem man die direkte Stellvertretung an die Stelle der Übertragung der Rechtswirkungen des Geschäftes des Mandatars durch Klagenzession oder Gewährung einer actio utilis an den Mandanten setzte.[30] Aber man blieb doch in dem alten Gedankenkreise zu sehr befangen, um zu sehen, daß die Stellvertretungswirkung nun nicht mehr, wie für die Römer, der Vermittlung durch das Verpflichtungsverhältnis zwischen Mandatar und Mandanten bedurfte,[31] sondern in dem Ermächtigungsverhältnis gegenüber dem Dritten beruhte. Man identifizierte immer noch Stellvertretung und Auftrag[32] und schuf so mit der gesunden Neuerung auch eine neue systematische Unklarheit und praktische Fehlerquelle. — Das deutsche BGB. hat alle diese Schwierigkeiten dadurch bereinigt, daß es einerseits „Vertretung" und „Vollmacht" scharf sondert vom „Auftrag", so daß der Mandatar nicht mehr als „procurator" ins Auge gefaßt ist, sondern von der rein tatsächlichen Seite der Besorgung irgend eines Dienstes, anderseits aber durch die Rückkehr zum klassischen Rechte des begrifflich notwendig unentgeltlichen Auftrags.[33] Infolge dieser Rückbildung freilich sind nicht nur die Fäden der angedeuteten geschichtlichen Zusammenhänge abgeschnitten, sondern nunmehr in dem Titel vom „Auftrag" eine Reihe von Rechtsnormen für dies Rechtsgebilde zusammengefaßt, welche füglich größere theoretische wie praktische Bedeutsamkeit erst dadurch gewinnen, daß sie „entsprechende Anwendung"

---

[29] So wie die Naturrechtslehrer, s. etwa Chr. Wolff Jus. nat. IV § 640, das mandatum mit „Vollmacht" verdeutschten, so auch insbesondere die österreichischen Praktiker, vgl. Beckmann Idea Juris Statutarii (1688) p. 296 s.: „mandatum germanice ein Gewaltsamb"; Tiller System d. bürgl. Rechtslehre (1788) II, 2 S. 451: „Vollmacht oder Vollmachtserteilung"; Wiener Heineccius § 953; Glück § 950; Buchner S. 8; ebenso der Cod. Max. Bav. IV. 9: „Von der Vollmacht (Mandato)". Vgl. übrigens auch oben N. 26 a.

[30] S. die ausführliche Dogmengeschichte bei Buchka Die Lehre von der Stellvertretung, bes. S. 121 ff., S. 151 ff., S. 214 ff.; gegen ihn allerdings auch Hellmann Die Stellvertretung (1882) S. 1 ff.

[31] So jetzt noch Mühlenbruch bei Glück XXXVIII S. 69 „immer ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten (dominus) voraus, infolgedessen dieser möglicherweise wider jenen auf Abtretung des erworbenen Forderungsrechtes klagen könnte". Vgl. dazu Laband Ztschr. f. Handelsr. X S. 239, Isay S. 196.

[32] Darüber noch unten § 61.

[33] Im Gegensatze zu dem I. Entw. §§ 585 f., welcher den unklaren Standpunkt der Pandektenlehre (s. oben N. 25) eingenommen hatte, vgl. Protok. II S. 352, eine Neuerung, welche Endemann Einführung i. d. Stud. d. bürgl. Gb. I S. 161 N. 13: „sehr zu begrüßen" fand, während Petrazycki a. a. O. S. 382 f. „zivilpolitische" Bedenken erhob, und S. 443 auch nicht mit Unrecht die Stilisierung des (jetzigen) § 662 BGB. tadelte; vgl. auch die Bemerkungen gegen das BGB. bei Wandelt Die rechtl. Natur d. Kommissionsgesch. S. 24 ff. Im übrigen s. unten S. 451 f.

(nach § 675 BGB.) gerade auch auf die entgeltliche Geschäftsbesorgung finden, welche durch die an die Spitze des Titels gesetzte Begriffsabgrenzung aus dem Gebiete des Auftrages hinaus in das des Dienst- oder Werkvertrages gewiesen ist.[34] — Die beiden großen Kodifikationen des XVIII. Jahrhunderts[35] hatten ihre historische Aufgabe, die Entwicklung in der durch die vorausgehenden Epochen gegebenen Richtung fortzuführen, richtig erfaßt, mag es ihnen auch nicht gelungen sein, überall zu befriedigendem Abschlusse zu kommen. Der Codex Theresianus spiegelt die gemeinrechtliche Lehre seiner Zeit wieder:[36] Als entscheidendes Merkmal des Mandats oder „Befehlskontrakts", wie er hier heißt, ist die Unentgeltlichkeit hingestellt (III. 15 Nr. 1—3); der Zusatz (Nr. 4 ebdas.), wonach „die Wesenheit des Kontrakts andurch nicht geändert wird, wann gleich nach vollbrachter Ausrichtung eine Belohnung, Verehrung oder Vergeltung zur Dankbarkeit abgereichet, oder auch gleich Anfangs etwas dafür zu geben versprochen" wird, zielt offenbar auf die „extraordinaria cognitio" des klassischen Rechts ab,[37] trägt aber die alte Unklarheit ins neue Recht herein. Anderseits ist dem Kodex der Auftrag (Nr. 2 cit., dann III 1 Nr. 32, 35) ohne weiteres „jussus", „Befehl, Gewalt und Vollmacht",[38] das Verhältnis zwischen Mandanten und Mandatar ein Stellvertretungsverhältnis, wenngleich, wie es scheint, Aufträge bloß faktischer Natur damit nicht ausgeschlossen sein sollten;[39] aber, systematisch ein bedeutender Fortschritt, der Kodex sondert dennoch scharf die Vollmacht vom Auftrag: „Ein Befehlskontrakt kann insgemein auf zweierlei Art betrachtet werden, nämlich erstens als eine zwischen dem Befehlsgeber und Befehlshaber allein bestehende Handlung, dann anderntens insoweit hieraus beide gegen einen Dritten, welcher sich mit dem Befehlshaber auf die Vollmacht eingelassen, und dieser gegen jene verbunden werden." „Doch entspringet diese letztere Verbindlichkeit .... nicht aus dem Befehlskontrakte selbst, sondern aus derjenigen Handlung, welche infolge der Vollmacht von dem Befehlshaber im Namen des Befehlenden mit einem Dritten geschlossen

[34] „Der Vertrag über unentgeltliche Arbeit hat im Leben nur eine untergeordnete Bedeutung": Lotmar Arbeitsvertrag I S. 68 N. 1. Das zeigt sich bereits in den systematischen Darstellungen des neuen Rechts, welche nicht so sehr vom „Auftrage" als vielmehr von der (entgeltlichen) „Geschäftsbesorgung" des § 675 ausgehen, vgl. Crome § 252, Cosack § 150, Dernburg II § 293.

[35] Das ABGB. geht, bis auf einen, unten § 96 zu berührenden Punkt, gleiche Wege wie das preuß. LR.

[36] Vgl. Harrasowsky Cod. Ther. III S. 261 N. 2, Pfaff ZBl. 1885 Nr. 24 S. 277f.; dazu Dniestrzanski S. 307ff.

[37] Vgl. Cod. Ther. III 12 Nr. 35: „Jene Arbeiten und Verrichtungen hingegen, welche durch die Kräften des Verstandes und des Witzes und nicht durch körperliche Wirksamkeit ausgeübet werden, können wegen ihrer Würde und Erhabenheit über andere Handarbeiten keine eigentliche Schätzung annehmen, folglich auch keinen Gegenstand deren Dingungskontrakten abgeben, sondern die darüber eingegangene Verbindlichkeit besteht nur in der Gestalt eines unbenannten Vertrages oder Befehlskontraktes . . ."

[38] Vgl. oben N. 29.

[39] Arg. Cod. Ther. III 15 Nr. 36 bis 38.

worden; dahero wird solche unten im 18. Kapitel eigends erkläret, hier aber nur von der aus dem Befehlskontrakt unmittelbar entstehenden Verbindlichkeit des Befehlshabers und Befehlsgebers gegeneinander gehandelt werden" (Nr. 41 u. 42 ebdas.). Der Auftrag ist „nur veranlassende mittelbare, nicht aber unmittelbar selbst wirkende Ursache" (III 18 Nr. 32) der Stellvertretungswirkung. Übrigens verkennt der Kodex auch nicht, daß der Auftrag trotz Anerkennung der direkten Wirkung auch zu indirekter Stellvertretung führen kann (III 18 Nr. 39—45). — Hortens Entwurf hat in allem Wesentlichen den Standpunkt des Codex Theresianus beibehalten,[40] so namentlich auch bezüglich der Unentgeltlichkeit des „Bevollmächtigungskontraktes"; doch nimmt jene historische Reminiszenz der extraordinaria cognitio hier eine praktikablere Gestalt an, indem es heißt, es solle „die Übernahme solcher Geschäfte, die nicht sowohl durch körperliche Arbeit, als durch die Kräfte des Verstandes und Geistes vollbracht werden, allezeit für einen Bevollmächtigungskontrakt gehalten werden, wenn schon gleich anfangs für deren Verrichtung eine bestimmte Belohnung ausbedungen worden" (III, 16 § 3).[41] Und damit ist im Grunde der Schwerpunkt der Unterscheidung zwischen Dienstmiete und Mandat aus der Gegenleistung des Auftraggebers in die Natur der Leistung des Beauftragten verlegt. — Martinis Entwurf brachte, dem naturrechtlichen Standpunkt seines Verfassers entsprechend,[42] das Begriffsmerkmal der Unentgeltlichkeit wieder systematisch strenger zur Geltung: „Wird für die Besorgung fremder Geschäfte eine Vergeltung auch nur stillschweigend bedungen" . . . . dann gehört dieser Vertrag als ein „Dingungsvertrag" „zu den Tauschhandlungen" (III 4 § 3)[43] im Gegensatze zu den notwendig „unentgeltlichen Dienstleistungen", welche in dem Kapitel von „Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen" behandelt sind[44] (§ 1 ebdas.). Sehr richtig ist daraus gefolgert, daß die nach außen wirkende „Vollmacht" somit nicht ausschließlich dem Mandate angehört, sondern ebensogut „durch einen Dingungsvertrag gegeben" sein kann (III 14 § 5). Aber diese Erkenntnis hat Martini leider nicht abgehalten, doch wieder Normen über die Stellvertretungswirkungen in das Hauptstück hereinzuziehen, welches dem „Empfehlungsvertrag" allein gewidmet war (III 4 §§ 15 ff.) — ein Fehler, welchen dann Zeiller im ABGB. konsequent durchführte, indem er die ganze Stellvertretungslehre, nach dem Muster des PrLR., völlig an das Mandat angliederte.[45] Im übrigen folgte

[40] Entw. Horten III 16 §§ 1 ff., III 19, §§ 14, 17.

[41] Vgl. III 12 § 94 und oben N. 37.

[42] Vgl. Martini Lehrbegr. d. Naturr. (1787) S. 208, Wolff Jus. nat. l. c.

[43] Dazu Entw. Martini III 5 § 3.

[44] Konsequent mußten nun auch die operae liberales (III 8 § 26) im Gegensatz zu den früheren Entwürfen unter die „Dingungsverträge" gestellt werden. Alles dies ist, mit geringfügigen Änderungen der Textierung, übergegangen in das WgalGB. III §§ 102 ff., §§ 465 f.

[45] Zur Systematik des Hauptstückes im ABGB. Bemerkungen von

Zeiller derjenigen von Martini abweichenden Lehre des Naturrechts,[46] welche das Mandat zu den entgeltlichen „Verdingungsverträgen" zählte[47] und eben deshalb dahin neigen mußte, die Grenze gegenüber dem Lohnvertrag in dem auf rechtsgeschäftliche Vertretung gerichteten Inhalt des Auftrages zu suchen.[48] So ward das Mandat im ABGB. zum (entgeltlichen oder unentgeltlichen) „Bevollmächtigungsvertrag", gleichwie schon das PrLR. I 13 das Mandat als „Vollmachtsauftrag" und der Code civil als „procuration"[49] charakterisiert hatte. Die nachfolgenden Paragraphe werden die dogmatische Bedeutung dieses Ergebnisses darzulegen haben.

§ 61.

1. Auftrag, Vollmacht, Ermächtigung.

Jhering Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jahrb. f. Dogm. I S. 273 ff. II S. 67 ff. (1857 1858); Laband Die Stellvertretung, Ztschr. f. HR. X S. 183 ff. (1866); Canstein Vollmacht und Auftrag, Grünhuts Ztschr. III S. 670 ff. (1876); Hellmann Die Stellvertretung (1882; Mitteis, Die Lehre v. d. Stellvertretung (1885); Lenel Stellvertretung und Vollmacht, Jahrb. f. Dogm. XXXVI S. 1 ff. (1896); Hupka Die Vollmacht (1900); Biermann Zur Lehre v. d. Vertretung und Vollmacht (1900; Schloßmann Die Lehre v. d. Stellvertretung, I u. II. Th. (1900, 1902).

Zusatz. Die begriffliche Scheidung von Stellvertretung und Mandat, von **Vollmacht und Auftrag,** ist seit Jherings und Labands bahnbrechenden Arbeiten allmählich zum Gemeingut der neueren Privatrechtslehre geworden[1] und zuletzt im deutschen BGB.[2] zu klarem

hypothetischem Werte bei Saxl in Grünhuts Ztschr. XXIV S. 16.

[46] Kant Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre § 31, Zeiller Das natürl. Privatr. S. 174 f. Bei Zeiller Komm. III S. 273 findet sich aber zu § 1004 merkwürdigerweise ein Anklang an die gemeinrechtliche Idee: „eine ausbedungene Belohnung gehört zu den belohnenden Schenkungen (§ 940)".

[47] Nach den Beratungsprotokollen (Ofner II S. 45) könnte es zweifelhaft scheinen, ob die Redaktoren der Meinung waren, mit § 1004 ABGB. etwas wesentlich anderes zu sagen als WgalGB. III § 104, wonach bei vereinbartem Entgelt die Geschäftsbesorgung unter die im 8. Hauptstücke normierten „Tauschhandlungen" (III § 145) und nicht mehr unter den Begriff des Mandats fiel (s. oben bei N. 43). Allein im Zusammenhange des fertigen Gesetzbuches, für welches die „entgeltlichen Verträge" nur mehr eine allgemeine Kategorie sind, bedeutet § 1004 zweifellos nur so viel, daß das Mandat selbst eben bald in diese, bald in die entgegengesetzte Kategorie der unentgeltlichen Verträge gehört. So auch Zeiller Komm. zu § 864, während Koch Recht der Forderungen III S. 525 § 1004 allerdings in dem oben angedeuteten Sinne verstanden hat.

[48] Der Gegensatz von operae liberales und illiberales allerdings sollte, wie schon bei Martini, im ABGB. keine Rolle mehr spielen; nur im Ausdrucke fand man die Bestimmung des WgalGB. III § 277 einer Milderung bedürftig aus „Achtung vor diesen Leuten" (Ofner II S. 108).

[49] Code Art. 1984; dazu Guillouard p. 322, Gide Études sur la novation p. 466 s.

[1] Vgl. Hupka S. 23. Zu Schloßmanns Angriff gegen die herrschende Lehre ist unten im Zusatz Stellung genommen. Eine Übersicht über die dogmengeschichtliche Entwicklung dieser Frage bei Dniestrzanski §§ 1 u. 2.

[2] Schon durch die äußerliche Trennung der Normen über die „Vertretung"

Ausdrucke gelangt. Auch die Darstellung des österreichischen Rechtes kann und muß — ohne sich deshalb über das Gesetz hinwegzusetzen — diese Klärung der Begriffe sich zu nutze machen.[3]

Als „Auftrag" — im prägnanten Sinne immer als „angenommenen" Auftrag[4] gedacht — bezeichnen wir das Verpflichtungsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem, vermöge dessen insbesondere Letzterer zur Geschäftsbesorgung für Ersteren verbunden ist. „Vollmacht" bedeutet uns die rechtliche Macht, Rechtshandlungen im Namen eines Anderen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen diesen Anderen, kurz als dessen Stellvertreter zu setzen. Die Folge des Auftrags ist ein rechtliches Sollen, der Vollmacht ein rechtliches Können.[5] Auch dem ABGB. ist dieser Sinn der Ausdrücke nicht fremd. So versteht es den „Auf-

(III. Abschn. 5. Titel des „Allg. Teiles") vom „Auftrag" (VII. Abschn. 10. Titel des „R. d. Schuldverhältnisse") — vgl. Mot. I S. 228 f. II S. 525; zu besonders „scharfem Ausdrucke gelangt das Prinzip, daß die Vollmacht ein selbständiges Rechtsgeschäft ist" Planck Komm. I S. 215) in § 167 BGB. — Ebenso schon das schweiz. Oblig. R. Artt. 36 ff. und 392 ff.; desgleichen jetzt der ungar. Entw. §§ 1006 ff. und §§ 1659 ff., obgleich hier beide Materien ins Obligationenrecht gestellt sind.

[3] In der älteren österreichischen Literatur fehlt natürlich jede klare Sonderung von Auftrag und Vollmacht, von Recht und Pflicht zur Vertretung, siehe die Kommentare von Nippel, Winiwarter, Kirchstetter oder gar Ellinger („Der Machtgeber begibt sich durch die Vollmacht auch des Rechtes, dieses Geschäft selbst zu vollziehen!") zu § 1002; aber selbst noch Unger II S. 139, Exner, Rechtserw. durch Tradition S. 133, Randa Besitz S. 538 und 549, Hasenöhrl I S. 415, Schuster § 37, identifizieren die Vollmacht mit dem Auftrag. Bei Krainz § 381 kommt der Gegensatz zwischen Stellvertretungsobligation und „Ermächtigung nur als Recht" zur Geltung, letztere aber findet eine wenig glückliche Behandlung unter dem Gesichtspunkte der „Anweisung" (I § 137). Die Herausgeber der jüngeren (8.) Auflagen von Stubenrauch II S. 217 ff. stehen auf dem Boden der modernen Theorie (s. aber unten § 89 N. 9; ebenso Herrmann Verantwortlichkeit des Verlöbnisses für seine Agenten (1897) S. 15 f. und neuestens Wellspacher Das Vertrauen auf äuß. Tatbestände S. 210 f.; von neueren Prozessualisten Stedl Das österr. Zivilprozeßr. I S. 279 N. 14, S. 307 N. 1, während Neumann Kommentar S. 190, S. 205 N. 4 noch in der alten Anschauung befangen ist. Auch bei Randa Österr. Handelsr. I S. 184 N. 62 hat diese noch Spuren hinterlassen. Canstein Lehrbuch des österr. Handelsr. I S. 269 ff. beharrt bei seinen willkürlichen Begriffsabgrenzungen (vgl. unten N. 9).

[4] Vgl. oben § 60 bei N. 5. — Donell Comm. de J. C. XIII. 10 § 2 hatte unter „mandare" „solius mandantis factum" verstehen wollen, während das „mandatum" erst durch die Akzeptation entstehe; vgl. über den Doppelsinn von „Auftrag" auch im deutschen BGB. Bekker Jahrb. f. d. Dogm. XLVII S. 10 und noch unten § 74.

[5] So schon Brinz (1. Auflage S. 1618, vgl. Biermann S. 21: Die Vollmacht „gewährt dem Bevollmächtigten kein Recht und sie begründet für ihn keine Pflicht"; nach Zitelmann Internat. PrR. II S. 44 ein „Kann-Recht", was freilich mehr nur für die Vollmacht im eigenen Interesse des Bevollmächtigten (unten a, β) passen dürfte. Kohler I S. 155 stellt die Vertretungsmacht nun zu der neu gefundenen Kategorie der „Rechtslagen".

trag", wenn es von dessen „Erfüllung" spricht (§ 1014) oder von der „Verbindlichkeit", welche durch dessen Annahme zu stande kommt (§ 1403); so die „Vollmacht", wenn es heißt, auf Grund derselben „könne" der Gewalthaber dem Gewaltgeber Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen (§ 1017) oder es sei ihm „die Macht eingeräumt, alles dasjenige zu tun u. s. w." (§ 1029).[6] Aber weit entfernt, die beiden Begriffe scharf auseinanderzuhalten, redet das Gesetz gelegentlich ebenso wohl von der Art, wie der Gewalthaber kraft der „Vollmacht" das Geschäft „betreiben soll" (§ 1007),[7] wie von der Notwendigkeit eines „Auftrags" zur Begründung der Vertretungsmacht (§ 1032).[8] Gleichwohl steht — die Ausdrücke in obigem prägnanten Sinne genommen[9] — auch für den Bereich des ABGB. fest, daß es

---

[6] Minder gut ist an anderen Stellen vom „Recht" (§ 1034), dem „Befugnis" (§§ 1011 und 1034), der „Berechtigung" (§ 1007 die Rede — was mehr auf die Seite der „Ermächtigung" (s. unten d) hinweist.

[7] WgalGB. III § 130 hatte sogar nicht Anstand genommen, den Depositar als „Inhaber mit der Vollmacht die ihm anvertraute Sache zu verwahren" zu charakterisieren — was die Redaktoren des ABGB. § 958 denn doch in „Inhaber mit der Pflicht" zu verbessern fanden (Ofner II S. 58).

[8] PrLR. I 13 § 5 definiert geradezu: „Die Willenserklärung, wodurch einer dem anderen das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu besorgen, wird Auftrag oder Vollmacht genannt"; daß gleichwohl in dem Namen „Vollmachtsauftrag" keine Tautologie steckt, ist mit Recht von Koch III S. 529 und Förster-Eccius II S. 350 bemerkt, vgl. unten § 62 N. 23. Der Code Art. 1984 sagt ebenfalls nur: „Le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom": vgl. Troplong Nr. 9.

[9] Hier und zu dem folgenden sei ausdrücklich gesagt, daß — soll die Untersuchung nicht in einen Wortstreit ausarten — nicht darauf Gewicht zu legen ist, ob verschiedene Schriftsteller und Gesetzgebungen verschiedene relevante Momente mit diesem oder jenem Namen belegen, sondern darauf, die Notwendigkeit der sachlichen Unterscheidung dieser Momente aufzuzeigen (höchst anregend, wenn auch nicht abschließend, wie so oft, in dieser Beziehung Bekker Pand. II § 106: „Die Ermächtigungsgeschäfte"). Am allerwenigsten aber darf aus zumeist subjektiv-willkürlichen Worterklärungen auf die sachliche Abgrenzung der Rechtsverhältnisse geschlossen werden, wie dies Canstein Ztschr. III S. 670 ff. tut, aber auch Ofner Grünhuts Ztschr. XVIII S. 329. Auch darf nicht vergessen werden, wie das zum Teile bei Schiffner § 120 N. 27 der Fall ist, daß das ABGB. nicht die Sprache der modernen Gesetze, insbesondere des HGB. spricht. Im übrigen sind wir in der günstigen Lage, die neue durch das deutsche BGB. gefestigte Terminologie, was „Vollmacht" und „Auftrag" betrifft, beizubehalten, da sie, wie oben gezeigt, im ABGB. doch nicht ohne Anhaltspunkt ist (anders Wellspacher a. a. O. S. 212 f.); auch der Terminus „Vertretungsmacht" (§ 166 BGB.; vgl. Biermann S. 3) empfiehlt sich als durchaus unverfänglich für die nicht auf Vertrag beruhende, namentlich die „gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigung" des ABGB. (Randa Österr. Handelsr. I S. 184 spricht auch hier von „Auftrag"). In der Tat wird ganz in diesem Sinne für die Ausübung des politischen Wahlrechts zwischen „Vertreter" und „Bevollmächtigten"

a) „Vollmacht" ohne „Auftrag" geben kann. Daß die „Vertretungsmacht"[10] nicht bloß durch Privatwillkür, sondern auch durch richterliche oder sonst amtliche Bestellung, oder auch „von dem Gesetze eingeräumt" wird, daß also jedenfalls nicht jede „Bevollmächtigung" auf einem „Bevollmächtigungsvertrage" beruht, verkennt auch das ABGB. nicht (§ 1034), fällt aber weniger ins Gewicht, da die einschlägigen Normen eben auch nicht in dem Kapitel vom „Bevollmächtigungsvertrage" Aufnahme gefunden haben.

Allein, auch auf dem Boden der Privatwillkür[11] geht Vollmacht und Auftrag nicht immer Hand in Hand:

α) Im Interesse des Geschäftsherrn ist dem Vertreter nicht selten eine weitgehende Generalvollmacht oder wohl auch eine unbeschränkbare Formalvollmacht gegeben, wie es die des Prokuristen (Artt. 42, 43 HGB.)[12] oder die „Prozeßvollmacht" (§§ 31, 32 ZPO.)[13] ist, um ihn für alle Fälle auszurüsten; aber einen Auftrag, tätig zu werden, hat er vielleicht überhaupt erst noch abzuwarten, oder Geschäfte gewisser Art sind ihm vielleicht von seinem Mandanten geradezu untersagt. Unternimmt er sie gleichwohl, so handelt er innerhalb seiner Vollmacht und bindet seinen Prinzipal, aber er handelt ohne oder gegen den Auftrag. Daß auch dem ABGB. solche Rechtslage nicht fremd ist, folgt schon aus dem Publizitätsgedanken, der seine Stellvertretungsnormen beherrscht,[14] vor allen § 1017. Unmittelbare Vertretungswirkung tritt ein, soweit der Geschäftsführer „innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht" handelt, d. i. der dritten kundgegebenen oder kundgewordenen Ermächtigung. Wenn nun § 1017 beifügt, eine neben jener etwa gegebene, mit derselben nicht

unterschieden; vgl. E. d. Verwalt. GH. v. 17. Juli 1880, Budwinski IV Nr. 840.

[10] S. die vorige Note a. E.

[11] Zeiller III S. 268: „Privat-Bevollmächtigung". Vgl. dazu auch unten § 70 N. 26.

[12] Das HGB. hält auch terminologisch Auftrag und Vollmacht auseinander, Laband S. 205, 210 ff.

[13] Vgl. Skedl Das österr. Zivilprozeßrecht I S. 322 und die dort N. 47 zitierten.

[14] Vgl. Zeiller III S. 296: „Wie man in Rechtsgeschäften überhaupt nur nach seinen Äußerungen, nicht nach seinem geheimen Vorbehalte beurteilt wird, so muß auch der Machtgeber nach dem Inhalte seiner öffentlichen Vollmacht haften, obschon der Machthaber die ihm in der geheimen Vollmacht gesetzten Grenzen überschritten hätte". Dazu Krasnopolski Der Schutz des redlichen Verkehrs S. 41 f. und nun in eingehender Darstellung Wellspacher a. a. O. S. 211 ff. — S. auch PrLR. I 13 §§ 93, 97, 132. — Komplizierter gestaltet sich das „Offenheitsprinzip" (Fr. Leonhard Vertretung beim Fahrniserwerb § 2) nach dem deutschen BGB., vgl. Wellspacher a. a. O. S. 81 ff., Biermann S. 25 ff., Hupka S. 200 ff. dessen Distinktion S. 215 f. mir aber allzu fein scheint, um praktikabel zu sein; s. dagegen Schloßmann II S. 488 f.

übereinstimmende, insbesondere beschränktere „geheime Vollmacht habe auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß" — so muß doch wohl gesagt werden: Wirklich Vollmacht ist (nur) die „offene", auch wo sie über die Instruktionen des Machthabers hinausgeht, denn (nur) sie gibt letzterem die Macht, dem Machtgeber „Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen" zu können; die sogenannte „geheime" ist keine Vollmacht,[15] weil sie dem Dritten gegenüber wirkungslos ist, und von Bedeutung nur insoferne, als ihre Überschreitung den Machthaber wegen der darin gelegenen Pflichtverletzung (§ 1009) seinem Machtgeber gegenüber haftbar machen kann. Mit anderen Worten, bei ihr handelt es sich in Wahrheit um das Auftragsverhältnis und soweit die „offene" über die „geheime" Vollmacht hinausgeht, liegt der Fall von „Vollmacht ohne Auftrag" vor. Das gilt speziell auch für die Fälle der „stillschweigenden Vollmacht" der §§ 1027 ff.[16] Für die Prokura soll schlechthin die „ordentlich kundgemachte" Befugnis der Firmazeichnung maßgebend sein (§ 1028), für andere „Dienstpersonen" schlechthin der aus ihrer im Verkehre sichtbaren Stellung erhellende Umfang der ihnen anvertrauten Geschäfte (§§ 1029, 1030). Und wenn das ABGB. dies in das bedenkliche Gewand einer Rechtsvermutung kleidet,[17] so will damit offenbar der Gegenbeweis nur in der Richtung vorbehalten sein, daß eine Einschränkung der Befugnisse jener Personen auch nach außen kundbar geworden sei,[18] nicht aber einfach der Gegenbeweis eines

[15] Dies gegen Wellspacher a. a. O. S. 216 ff., dessen Darstellung, wie mich dünkt in Überspannung seines leitenden Gedankens (vgl. unten § 76 N. 63), gerade umgekehrt darauf hinausläuft, die „geheime" Vollmacht sei die wirkliche — weil dem Willen des Machtgebers entsprechende —, die darüber hinausgehende „offene" aber nur „Scheinvollmacht", und lediglich das Eingreifen des Grundsatzes, daß das Vertrauen des gutgläubigen Dritten zu schützen sei, habe zur Folge, daß die erstere trotz ihres Bestehens als nicht vorhanden, die letztere trotz ihres Nichtbestehens als wirksam zugunsten des Dritten gelte.

[16] Auch die „stillschweigende Vollmacht" (Marg. Rubr. zu §§ 1027 ff., vgl. Register v. „Vollmacht") ist wahre Bevollmächtigung durch Willen des dominus nicht bloß „vollmachtsähnliche Vertretungsmacht", wie Zitelmann Das R. d. BGB. Allg. Th. S. 121 für die analogen Fälle der §§ 171 und 172 BGB. will, s. dagegen Leonhard D. Allg. Th. S. 321 N. 3). Der Wille des dominus schafft die äußere Stellung des Vertreters als seines Geschäftsführers; und daß die Tragweite dieses Willens objektiv (vgl. § 863), d. h. hier aus „der Natur des Geschäftes" (§ 1029) beurteilt wird, ist hier nicht anders als in anderen Fällen der Willensauslegung (vgl. noch unten § 76 N. 63). — Auf einem ganz anderen Standpunkte steht auch hier Schloßmann II S. 497 ff. (vgl. den Zusatz).

[17] Vgl. Unger II S. 596 ff.

[18] Das interne Verhältnis zwischen Mandanten und Mandatar ist nicht hier, sondern im § 1009 besprochen; vgl. Zeiller III S. 294.

entgegenstehenden Auftrags.[19] Auch hier also eine wirksame Vollmacht ohne Auftrag,[20] nicht bloß eine besondere Beweiskonjunktur. Desgleichen führt § 1026 dahin, daß der Machthaber trotz Widerrufs des Mandats, unter Verschweigung dieses Umstandes, mit Rechtswirkung für und gegen den Machtgeber auftreten kann, also gegen seinen Auftrag und dennoch „in Vollmacht."[21]

β) Vollmachtserteilung im eigenen Interesse des Bevollmächtigten,[22] Bestellung zum procurator in rem suam, ist im ABGB. nicht erwähnt,[22a] gewiß aber nicht ausgeschlossen, und eine interessante Verwertung des Gedankens findet sich in der „Überweisung einer Forderung zur Einziehung" des Exekutionsrechtes (§§ 308 ff. EO.). Damit ist eine Macht, aber keine Pflicht zur Vertretung des dominus begründet,[23] Bevollmächtigung nicht Auftrag; wäre doch ein Auftrag dieser Art als mandatum tua gratia von sehr fragwürdiger Bedeutung.[24]

γ) Und schließlich, wo wirklich der Vollmacht zur Stellvertretung auch eine Verpflichtung zur Geschäftsführung entspricht, muß diese

[19] Zeiller hat durch eine von ihm vorgenommene Änderung der Textierung des § 1028 (s. Ofner II S. 208) diesem Mißverständnis vorbeugen wollen. Während manche unserer Schriftsteller über die Frage leicht hinweggehen (so auch noch Krainz I S. 320 f.), sprechen sich ausdrücklich im Sinne des Textes aus Unger II S. 601 N. 53, Dolinski Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen S. 186, Hupka S. 124 f.

[20] Vgl. auch Isay S. 236, Stubenrauch II S. 219.

[21] Nach dem Wortlaute des § 1026 hätten wir es allerdings mit Wirkungen einer „aufgehobenen Vollmacht" zu tun — nach Stubenrauchs Formulierung zu § 1026 (s. dagegen aber II S. 219) mit einer Fiktion der Fortdauer der Vollmacht —; in Wahrheit besteht eben eine „nach außen" wirksame Vollmacht noch zu Recht (vgl. Code Art. 2005), mag auch die Verpflichtung, bezw. Ermächtigung zur Geschäftsführung inter partes erloschen sein; Duiestrzanski S. 90 will dies nicht gelten lassen, aber seine Darlegung scheint mir nicht einfacher. Ähnlich Wellspacher a. a. O. S. 231 ff., s. dagegen oben N. 15. — Anders im Falle des § 1025, wo auch Recht und Pflicht zur Geschäftsführung noch provisorisch fortbestehen (vgl. auch § 36 Abs. 2 ZPO.).

[22] Dankwardt S. 107 spricht hier von „einseitigem Auftrag" (?). Schloßmann II S. 604 f. leugnet, daß hier überhaupt von Vertretung gesprochen werden könne. — Hierher würde auch die Vertretung im Interesse Dritter (s. Hupka S. 3) zählen, wie etwa des Gemeinschuldners durch den Konkursmasseverwalter, vgl. Pollak Konkursrecht S. 114 f. — Über das Vertretungsrecht des Gesellschafters s. Schloßmann II S. 594 f.

[22a] Zeiller III S. 270 führt als Beispiele merkwürdigerweise Fälle gesetzlicher Zessionen (§§ 970, 1358, 1394) an.

[23] L. 42 § 2 D. de procurat. 3, 3: „non contrahitur obligatio mandati"; cf. L. 10 § 4 D. h. t. Daran ist wohl auch Slg. N. F. 2722 gedacht, wenn es dort heißt, daß der betreibende Gläubiger nach § 308 EO. nicht „einfacher Bevollmächtigter und Vertreter des Verpflichteten" sei.

[24] S. unten § 66 zu b; vgl. auch Lenel S. 86 N. 1.

Letztere nicht notwendig Mandatsobligation im technischen Sinne sein; sie kann ebensogut auf einer anderen Geschäftskausa beruhen, etwa einem Lohnvertrag oder einem Gesellschaftsvertrag (§ 1190).[25]

b) **„Auftrag" ohne „Vollmacht"**, die Verpflichtung, für den Anderen tätig zu sein, ohne die Macht, als Stellvertreter in dessen Rechtssphäre einzugreifen, liegt vor:

α) wo es sich lediglich um Verrichtungen tatsächlicher Natur handelt,[26] dahingestellt vorläufig, ob vom Standpunkte des ABGB. solchen Falles von „Mandat" gesprochen werden darf[27] — aber auch

β) wo der Beauftragte Rechtsgeschäfte im eigenen Namen, als „interposita persona", zu unternehmen hat[28] — auch dies, wie unten (3.) zu zeigen sein wird, trotz des Wortlauts des § 1002 ein dem ABGB. nicht unbekanntes Auftragsverhältnis.[29]

Das Recht kennt aber auch:

c) eine Macht, welche **weder „Auftrag" noch „Vollmacht"** bedeutet. Bald durch das Gesetz, bald durch Privatwillkür begründet,[30] gibt sie die Möglichkeit, im eigenen Namen handelnd unmittelbar wirksam über eine fremde Rechtssphäre zu verfügen — nicht im „Auftrag", weil nicht in Erfüllung einer Pflicht, nicht in „Vollmacht", weil nicht im Namen des Anderen.[31] Am besten wird in diesem Sinne von „Verfügungsmacht" zu reden sein.[32] Solcher Verfügungen aber kommen zweierlei in Betracht:

---

[25] Vgl. Seeler Arch. f. bürgl. Recht XXVIII S. 10. Im weiteren Sinne kann man natürlich auch hier von „Auftrag" sprechen (vgl. § 1161), vgl. oben § 60 N. 5, Hupka S. 13 N. 1, dessen Bemerkung S. 11, was das ABGB. betrifft, nicht richtig ist; denn dem PrLR. I 13 § 3 entspricht § 1034 und § 1027 ABGB.

[26] Daß von „Aufträgen" zu faktischen Verrichtungen gesprochen werden kann, zeigt §§ 960 und 1161. Vgl. unten § 96 N. 1.

[27] S. unten §§ 62 und 96.

[28] Ihering I S. 313 ff., Laband S. 204.

[29] S. unten § 63 S. 455.

[30] Ein Fall der „Einwilligung" nach der Terminologie des BGB. § 183, Cosack I S. 233, Jhay S. 215 f. Leonhard a. a. O. S. 342 f.

[31] Den Gegensatz zur Stellvertretung hat bereits Zimmermann stellvertr. Neg. Gestio S. 28 berührt, vgl. auch Kohler Arch. f. bürgl. Recht III S. 255, Hellmann S. 111 f., Binder Krit. V. Jahrschr. XLVI S. 389; das deutsche BGB. hat auch hier größere Klarheit gebracht, vgl. Biermann S. 3 f., Hupka S. 71 f.

[32] In diesem Sinne handelt nun das deutsche BGB. von „Verfügungen" (vgl. Biermann S. 4 f., Crome I S. 326 und Zitt. N. 16), speziell von Verfügungen über fremde Rechtssphäre § 185, dann §§ 816, 1395, 1444. Der Ausdruck „Verfügungsmacht" erscheint passend, weil er es dahingestellt sein läßt, ob es sich um ein Recht zu der Verfügung handelt (vgl. den Text zu α und β); so namentlich auch Hellwig Wesen und subj. Begrenzung d. Rechtskraft S. 96 ff. und Lehrb. d. deutschen Ziv ipr. I S. 351 f. (dagegen neuestens Sohm Der Gegenstand S. 49 ff., S. 52 N. 6). Ähnlich spricht von „Verfügungs-

α) Rechtsgeschäfte. So kann z. B. vermöge des Grundsatzes „Hand wahre Hand" (§§ 367, 456) der Verwahrer über fremdes Gut durch Veräußerung oder Verpfändung rechtswirksam verfügen; so der Entlehner auf Grund der Gestattung des Eigentümers die ihm zu diesem Zwecke geliehenen Wertpapiere gültig als Kaution erlegen.[33]

β) Verfügungen tatsächlicher Natur.[34] So verschiebt kraft Gesetzes im (zweiten) Falle des § 418 Bauführung auf fremdem Grunde die Eigentumsverhältnisse; so wird gemäß § 959 das Forderungsrecht des Hinterlegers verwandelt, wenn der Depositar auf Grund der „Verwilligung" die ihm anvertraute Sache für sich verwendet.

Aus alledem erhellt, daß „Auftrag", „Vollmacht", „Verfügungsmacht" begrifflich verschiedene Dinge sind, die zwar sehr häufig, aber im Rechtssinne doch nur zufällig zusammentreffen. Eben deshalb aber kann, auch wo dies der Fall ist, die Vollmacht nicht den Auftrag in sich begreifen,[35] die schriftliche Vollmacht insbesondere nicht, wie § 1005 meint, eine Urkunde „über" den Mandatsvertrag sein.[36] Sie ist nur, wie etwa das Geräte, welches der Dienstgeber dem gedungenen Arbeiter in die Hand gibt, ein dem Mandatar „anvertrautes" (vgl. § 1029) Werkzeug für die Ausführung seines Auftrags.[37]

---

gewalt" Bekker P. II § 91. Der Ausdruck „Ermächtigung", welcher mit Vorliebe für die hier betrachteten Fälle gebraucht wird (s. Ihering II S. 131 f., Zimmermann a. a. O. S. 88, Hellmann S. 111 f., Regelsberger P. I S. 592 f., Hupka S. 21 f., vgl. auch Enneccerus Lehrb. I S. 437 f.), möchte ich für das unten zu d zu erörternde Verhältnis aufsparen, weil er auf die subjektive Berechtigung des Ermächtigten hinzudeuten scheint. (In diesem Sinne wäre das oben S. 83 N. 26 Gesagte zu berichtigen.)

[33] Vgl. oben S. 210 f.; dann auch den Fall indirekter Beschaffung der Darlehensvaluta oben S. 81 ff. oder Hingabe eines Blankoakzeptes (Slg. 5866, in welchem Falle der Oberste Gerichtshof mit Recht die Behandlung der Ermächtigung als „Vollmacht" abgelehnt hat).

[34] „Naturalfolgen, welche rechtliche Folgen nach sich ziehen": Bekker a. a. O. S. 211.

[35] Der Frage, ob die Bevollmächtigung von dem Auftrage (oder sonstigen Obligationsverhältnisse zwischen Machtgeber und Machthaber) rechtlich völlig unabhängig, in diesem Sinne also „abstraktes Rechtsgeschäft" sei, ist mit der begrifflichen Loslösung der Vollmacht vom Auftrage nicht präjudiziert, so wenig wie etwa mit der Trennung von Kaufvertrag und Eigentumsübergabe schon die Unabhängigkeit der Wirkung der letzteren von ersterem statuiert ist. Dies vorläufig gegen Schloßmann II S. 436 ff. und Dniestrzanski S. 103 ff; etwas mehr darüber unten im Zusatz, namentlich S. 446 N. 87 ff.

[36] Die Kommentare zu § 1005 — auch die neueste Auflage von Stubenrauch — nehmen diesen Fehler des Gesetzes kritiklos hin. Besser sind der Bevollmächtigungsvertrag und die Legitimationsurkunde des Mandatars auseinandergehalten im PrLR. I 13 §§ 8 ff., dazu Förster-Eccius II S. 356. Vgl. noch unten § 75.

[37] Gut bemerkt die Dissertation von Mann Die eigentüml. Endigungsgründe des Mandats (1896) S. 10, das Zusammentreffen von Vollmacht und Auftrag beruhe „nicht auf begrifflicher Einheit, sondern auf dem Verhältnis von

Und deshalb wird man dem Verhältnisse auch nicht gerecht, wenn man die Bevollmächtigung kurzweg als die „äußere Seite" des Auftragsverhältnisses auffaßt.[38]

Indes mit der Ausscheidung der „Vollmacht" hat die Theorie noch immer nicht alles getan. Auch das „innere Verhältnis" seinerseits ist nicht erschöpft mit der Charakterisierung als „Auftrag".

d) Neben die Frage, ob jemand zur Besorgung des Geschäfts eines Anderen diesem gegenüber verpflichtet ist („Auftrag") und die Frage, ob er im Verhältnisse zu dritten Rechtswirkungen in dessen Vermögenssphäre erzeugen kann („Vollmacht" und „Verfügungsmacht"), tritt noch die weitere Frage,[39] ob er gegenüber dem Herrn dieses Rechtskreises (dominus negotii) zum Eingreifen in dessen Geschäfte befugt, bezw. der Letztere ihm gegenüber verpflichtet ist,[40] das unternommene Geschäft als das seinige gelten zu lassen — die Frage der „Ermächtigung"[41] zur Geschäftsführung.

Mittel und Zweck"; vgl. auch Zeiller III S. 273 f., S. 311, Buchner S. 29; Röser S. 509 erklärt gerade umgekehrt den „Auftrag" als „das Mittel, den Beauftragten als Vertreter zu legitimieren"!

[38] Vgl. Laband S. 203 f. gegen diese Charakterisierung des Verhältnisses, welche übrigens auch bei neueren Schriftstellern wiederkehrt, vgl. z. B. Dernburg P. II S. 319, Dolinski a. a. O. S. 179, Schollmeyer Das Recht d. einz. Schuldverhältnisse S. 67, Stubenrauch II S. 217 N. 2.

[39] In dieser Beziehung genügt auch Laband S. 208 nicht, wenn er die Vollmacht als den Vertrag bezeichnet, durch welchen „die Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten, daß Rechtsgeschäfte, welche der eine Kontrahent (der Bevollmächtigte) namens des anderen (des Vollmachtgebers) abschließen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst abgeschlossen".

[40] Vertretungs- (oder Verfügungs-) macht darf nicht mit Vertretungsrecht verwechselt werden, wie dies auch die meisten Neueren tun, welche nach Labands Vorgang (s. die vorige Note) Vertretungsmacht von Vertretungspflicht schon zu sondern verstehen, s. z. B. Windscheid P. I § 74, Dernburg Pr. R. II S. 517, Bruns Kl. Schrift. II S. 455, Drechsler Die actio quod jussu S. 22, auch Monroy a. a. O. S. 17 f., obgleich diesem das Verdienst gebührt, energisch die doppelte Natur der Geschäftsführung als „Wahrnahme fremder Interessen" und als „Ausübung fremder Vermögensrechte" betont zu haben. Weit besser unterschied bereits Bähr Krit. Vierteljahrsschrift XXX S. 340 f.; richtig hier Schloßmann I S. 247, auch seine Bemerkung S. 301, daß die „Ermächtigung" des Mandatars nicht selten auch die Bedeutung hat, ihn gegebenenfalls zum Handeln zu verpflichten; vgl. aber auch II S. 475. S. neuestens besonders Isay S. 174, 203 ff. und Bekker Jahrb. f. d. Dogm. XLIX S. 4 ff.

[41] Die „Ermächtigung" in diesem Sinne gehört dem „internen Verhältnisse" zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn an (Ofner Grünhuts Ztschr. XVIII S. 328 f.); man möchte sie als die „innere Seite" der Vollmacht bezeichnen, wäre das nicht eben so leicht irreführend wie die Bezeichnung der Vollmacht als die „äußere Seite" des Auftrags (s. oben N. 38). — Im übrigen ist über das Wort nicht zu streiten und eine Polemik (wie etwa bei Hupka S. 19 ff.) gegen diejenigen zwecklos,

Und auch hier wieder muß gesagt werden: Diese „Ermächtigung" — bald auf dem Gesetze, bald auf Privatwillkür beruhend — kann mit „Auftrag" und „Vollmacht" oder „Verfügungsmacht" zusammentreffen, aber sie muß das nicht. Eine Geschäftsführung, welche der Machthaber auf Grund seiner weitergehenden Vollmacht über seinen Auftrag hinaus (oben a, α)[42] unternimmt, wird der Machtgeber gegen sich gelten lassen müssen, wenn sie sich als unbeauftragte aber „nützliche" negotiorum gestio (§§ 1036, 1037) erweist,[43] er wird sie zurückweisen dürfen, wenn dem nicht so ist, wie vor allem, wenn sie gegen sein ausdrückliches Verbot verstößt (§ 1040).[44] Mit anderen Worten, im ersten Falle hat der Geschäftsführer Vollmacht und Ermächtigung, wenn auch keinen Auftrag, im zweiten Falle fehlt ihm Auftrag und Ermächtigung.

Von „Ermächtigung" in diesem Sinne kann aber auch gesprochen werden, wo Auftrag ohne Vollmacht vorliegt. Auch für Verrichtungen bloß faktischer Art (oben b α)[45] oder das Eintreten als Zwischenperson (oben b β) entsteht ja die Frage, ob der Auftraggeber die Besorgung auf seine Rechnung nehmen[46] muß oder nicht.

Endlich ist die Verfügung über fremdes Recht bald eine berechtigte, die „Verfügungsmacht" also mit der „Ermächtigung" zum Eingriff verbunden — so in dem oben (c) gewählten Beispiele der Leihe zum Zwecke der Verpfändung oder des § 959; bald eine unbefugte,[47] oder doch nicht berechtigte,[48] „Verfügungsmacht"

welche die „Ermächtigung" als gleichbedeutend mit „Bevollmächtigung" nehmen — wie Krainz I S. 319 f. und füglich auch Manigk Das Anwendungsgebiet d. Vorschr. f. d. Rechtsgesch. S. 385ff. oder schweiz. Oblig. R. Art. 36, auch § 31 ZPO. — oder als Namen für die im eigenen Interesse des Ermächtigten gewährte Vertretungsmacht (oder Verfügungsmacht, vgl. oben N. 32) — wie etwa Leonhard a. a. O. S. 315, Cosack I S. 544 u. A. In dem Sinne des Textes ist der Ausdruck verwendet bei Lotmar a. a. O. S. 221 f., auch Schloßmann S. 295ff. Jiay S. 174, vgl. S. 203, spricht in ähnlichem Sinne von „Gestionsbefugnis".

[42] Der Prokurator in rem suam (oben a β) ist natürlich immer zur Vertretung ermächtigt (vgl. § 308 EO.)

[43] Vgl. unten § 78.

[44] Näheres gehört in das Kapitel von der negotiorum gestio; vgl. zu diesen Fragen vorläufig Zitelmann Ausschluß d. Widerrechtlichkeit S. 104ff.

[45] Vgl. Brinz P. IV S. 374, Bähr a. a. O. S. 341, Regelsberger P. I S. 592, Lotmar a. a. O. S. 221 f., Zitelmann a. a. O. S. 25. Dagegen wieder Hupka S. 19 f., Enneccerus I S. 437 N. 1.

[46] Vgl. unten § 85.

[47] Vgl. § 816 BGB.: „Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist . . ."; vgl. Zitelmann a. a. O. S. 25; dazu oben N. 32.

[48] Die „redliche" Bauführung auf fremdem Grunde (§ 418) bildet keine unerlaubte Handlung, aber doch auch kein „Recht" des Bauführers; vgl. auch Schloßmann I. S. 296.

also ohne Ermächtigung — wie bei der Verfügung des Treuhänders im Falle des § 367 oder des Bauführers im Sinne § 418.

Von allen diesen Distinktionen, mögen sie auch naturnotwendig da und dort im Gesetze selbst zum Vorschein kommen, scheinen die Formulierungen des ABGB. nichts zu wissen. Das ABGB. geht, dem Geiste seiner Zeit folgend,[49] davon aus, daß der Auftrag auf Stellvertretung abziele, die Stellvertretung auf Auftrag beruhe; daher identifiziert gleich die Definition des § 1002 Mandat und Bevollmächtigung, und daher erscheinen im 22. Hauptstücke gleichzeitig die Normen über Vollmacht und Stellvertretung und die Normen über den Auftrag.

Daß dieser Standpunkt nunmehr unhaltbar ist, ist klar. Kann dann aber noch bei jener Worterklärung des § 1002 stehen geblieben werden? Soll das Mandat des ABGB. wirklich nur sein „der Vertrag, durch welchen Vollmacht gegeben wird,“[50] auch die Bevollmächtigung und Ermächtigung ohne Auftrag umfassend? Vollmachterteilung ist Einräumung einer rechtlichen Macht; mit Recht hat man sie als eine Art von „Zuwendung“ bezeichnet.[51] Ob sie überhaupt einen Vertrag darstelle, oder nicht vielmehr eine einseitige Willenserklärung, im Gegensatze zum Auftrage begrifflich nicht an den Mandatar, sondern an die Person des Dritten gerichtet, mit welchem der Bevollmächtigte in Berührung tritt, ist eine noch immer umstrittene Frage,[52] die an dieser Stelle nicht erledigt zu werden braucht.

[49] Vgl. oben S. 426 ff., 430, auch unten N. 58.

[50] Oben S. 420 f.

[51] Bekker P. II S. 211 c; vgl. I S. 71 N. g; vgl. § 1029: „Die Macht eingeräumt“.

[52] Gegen die Vertragstheorie von Laband S. 208, Canstein S. 684 u. A. ging bereits für das gemeine Recht die überwiegende Meinung — s. Hupka S. 85 ff. und die daselbst S. 87 N. 2 Zitierten, und besonders Lenel S. 14 ff., vgl. Hölder Arch. f. d. ziv. Prax. LXXIII S. 117 (energisch dagegen wieder Dniestrzanski S. 95 ff.) — dahin, daß die Vollmachtserteilung ein einseitiges Rechtsgeschäft (wenn überhaupt ein selbständiges Rechtsgeschäft: Brinz II S. 771 Leonhard a. a. O. S. 314) sei und das BGB. § 167 sichert dieser Auffassung wohl die Herrschaft für die deutsche Theorie — vgl. Mot. I S. 229, Planck I S. 215, Cosack I S. 221, Crome I S. 459, Eck Vorträge S. 183; dagegen aber wieder Schloßmann I S. 256 ff. Was das ABGB. betrifft, so ist hier, wie gesagt (vgl. Text S. 440 f.) die Frage nicht zu erörtern; nur so viel mag bemerkt werden, daß trotz der Verquickung von Auftrag und Vollmacht (§ 1002) gerade das ABGB. weit schärfer noch als das deutsche BGB. (welches, einigermaßen schwankend, gemäß §§ 167 und 168 zum Teile das Rechtsverhältnis zwischen Machtgeber und Machthaber für die Vollmacht entscheiden läßt) nur auf die „offene“, d. i. dem Dritten kundgegebene Bevollmächtigung (vgl. oben S. 432) „Vertretungsmacht“ gründet, so daß für das österreichische Recht nur die theoretische Auffassung der Vollmachtserteilung als einer an die Adresse des Dritten gerichteten (Lenel a. a. O.,

So viel ist sicher: Wenn die Vollmachtserteilung ein Vertrag ist, so ist dies jedenfalls kein obligatorischer Vertrag;[53] denn die Vollmacht ist, wie sich gezeigt hat, unabhängig sowohl von einer Verpflichtung des Machthabers zur Geschäftsbesorgung, wie des Machtgebers zur Anerkennung der Geschäftsführung. Und doch ist nach der Systematik des ABGB. nicht minder als nach der Herkunft seiner Normen nicht zu bezweifeln, daß in dem Hauptstücke „von der Bevollmächtigung und andern Arten der Geschäftsführung" in erster Linie das Obligationsverhältnis zwischen Mandanten und Mandatar und erst im Anschlusse daran, und zwar gleichfalls als (vermeintliche) Rechtsfolge der „Verbindlichkeit" „in Rücksicht eines Dritten" (§ 1017), die Vollmachtswirkung normiert werden sollte. In letzterem Punkte, nicht im ersten, liegt der legislatorische Fehler. Mit dieser Erkenntnis ist aber schon eine Auslegung des § 1002 gerechtfertigt, welche, die (oben § 60) an die Spitze gestellte Worterklärung einschränkend, als vorläufige Begriffsabgrenzung ergibt:[54] „Bevollmächtigungsvertrag" — der Vertrag, durch welchen die **Verpflichtung** zur Stellvertretung übernommen wird.

Allerdings will diese Korrektur mit einiger Vorsicht durchgeführt sein. Sie darf nicht dazu verleiten, die Tatsache zu übersehen, daß nun einmal die Normengruppe, welche das ABGB. auf jener Begriffsbestimmung aufbaut, sowohl Auftragsnormen wie Vollmachtsnormen enthält. Vielmehr kann die Aufgabe in dieser Richtung nur sein, herauszustellen, welche Bestimmungen zu der einen und welche zu der anderen Kategorie zählen, um deren Anwendungsgebiet mit Sicherheit abstecken zu können.[55] Dabei aber wird wieder nicht aus

Hellwig Ztschr. f. d. Ziv.-Proz. XXIX S. 521 ff. gegen Hupka S. 95 ff.) Erklärung auf gesetzlichem Boden zu stehen scheint (so auch Krainz I S. 320; anders jetzt Wellspacher a. a. O. S. 214 ff. und Randa Österr. Handelsrecht I S. 182 N. 58 — s. unten N. 55). Auch darf vielleicht darauf hingewiesen werden, daß die „Vollmacht" unserer Kodifikation (vgl. oben § 60 S. 426) dem „Befehl" (Cod. Ther. III 15 Nr. 1, 2) entstammt, somit auf den „jussus" des klassischen Rechtes zurückgeht, welcher doch wohl richtiger Ansicht nach sich an den dritten Kontrahenten wendete (Pernice Labeo I S. 504 ff., Zimmermann a. a. O. S. 35).

[53] Vgl. oben N. 39 und 40; auch Kohler Jahrb. f. Dogm. XXVIII S. 176: „Die Vollmacht ist ein Kreationsakt".

[54] Vgl. Krainz II S. 283. Die Begriffsbestimmung im Text muß als „vorläufige" gelten, weil die beiden anderen oben S. 421 aufgeworfenen Fragen noch der Erledigung (unten §§ 62 und 63) harren.

[55] Aber schon mit Rücksicht auf das sofort im Text folgende kann eine äußerliche Scheidung der §§ des 22. Hauptstückes, die sich „bloß auf das Mandat" oder „lediglich auf die Bevollmächtigung" beziehen, wie sie jetzt Randa Österr. Handelsrecht I S. 182 N. 58 gibt, nicht zutreffen. (Wieso namentlich § 1002 zu

dem Auge zu lassen sein, daß seinem Standpunkte gemäß so manche Vollmachtsnormen des Gesetzbuches nur für die mit Auftrag verbundene Vollmacht,[56] manche Auftragsnorm nur für den auf Stellvertretung abzielenden Auftrag[57] passend und verständlich ist.[58]

Etwas anders steht die Sache bezüglich der „Ermächtigung" (oben d). Während die Vollmacht sich systematisch vom Auftrage völlig loslöst, wie nicht minder die Ermächtigung von der Vollmacht,[59] gilt dies nicht von dem Verhältnisse zwischen Auftrag und Ermächtigung. Im Gegenteile: Ermächtigung ohne Auftrag ist, wie sich gezeigt hat, möglich; aber, soferne überhaupt ein Auftrag vorliegt, reicht notwendig ebenso weit die Ermächtigung des Beauftragten. Was dieser kraft des Vertrages für den Auftraggeber tun soll, das muß er ihm gegenüber auch zu tun befugt sein, das muß der Auftraggeber als für ihn getan anerkennen. Deshalb ist die actio contraria aus dem Mandatskontrakte das Korrollar der actio directa.[60] Hier ist also das ABGB. im Rechte, wenn es als Ausfluß des „Bevollmächtigungsvertrages" nicht nur die Verpflichtung behandelt, sondern auch die „Berechtigung" (§ 1009), das „Recht" (§§ 1022, 1031) oder „Befugnis" (§ 1011) des Mandatars — im Sinne nicht der „Vollmacht" gegenüber Dritten, sondern der „Ermächtigung" gegenüber dem Auftraggeber.

Hiemit ist zugleich für diese Darstellung die Stoffabgrenzung gegeben, welche nicht bloß zu deren Entlastung, sondern auch zur Klar-

---

der zweiten Gruppe zählen soll, ist nicht recht zu verstehen, vgl. oben N. 52.)

[56] So kann vor allem die Widerruflichkeit und Unvererblichkeit (§§ 1020 und 1022) als Regel nur für die Vollmacht des Mandatars gelten — s. nur Ihering II S. 132, Regelsberger P. I S. 593 und 594, Troplong Nr. 718, bedenklich Mitteis S. 203 f. — nicht aber für die Bevollmächtigung (oder, wenn man diese so nennen will „Ermächtigung", s. oben N. 41) in rem suam — vgl. auch Slg. 5866 (dagegen Slg. 9919) —; für letztere Verhältnisse ist allerdings auch nicht schlechthin die Unwiderruflichkeit zu behaupten, was besonders Zitelmann Die Rechtsgesch. im Entw. II S. 88 ff. dargelegt und nun auch das BGB. durch die Bestimmung des § 183 (vgl. § 168) anerkannt hat. Vgl. dazu noch Lenel S. 34 ff., Isay S. 202, Hupka S. 395 ff. und unten § 91 Z. 7.

[57] So etwa die §§ 1010 und 1011, welche jedenfalls auch das „interne" Verhältnis betreffen (vgl. auch Krainz II S. 286 N. 5), aber doch aus der besonderen Vertrauensstellung des Mandatars als Stellvertreters entspringen, vgl. Zeiller III S. 284.

[58] Auch die ZPO. (§ 36) hat noch „so wie das ABGB. ein vereintes Vollmachts- und Mandatsverhältnis vor Augen": Tilsch Der Einfl. der Zivilprozeßgesetze (2. Aufl.) S. 241, S. 252 N. 137.

[59] Auch diese beiden im ABGB. nicht scharf geschieden, vgl. oben N. 6.

[60] Vgl. unten § 85.

stellung der Begriffe notwendig war. Sie wird sich auf das Obligationsverhältnis zwischen Mandanten und Mandatar zu beschränken,[61] dem Gesagten zufolge also den „Auftrag" und die „Ermächtigung", nicht aber ex professo die „Vollmacht" zu behandeln haben.

Zusatz. Die Scheidung von **Vollmacht und Auftrag**, welche oben als eine Errungenschaft der herrschenden Lehre bezeichnet und benützt ist, ist zuletzt wieder von Schloßmann nach eingehender Kritik als völlig haltlos erklärt worden.[62] Schloßmanns Angriff hat zwar, so viel ich sehe, nicht viel Anklang gefunden;[63] aber dieser Angriff ist doch mit zu viel Energie unternommen und mit zu großer Gewissenhaftigkeit vorbereitet und durchgeführt, als daß eine Darstellung, welche, wie die vorliegende, auf dem Boden der herrschenden Lehre stehen bleibt, der Verpflichtung enthoben wäre, sich gegen ihn zu rechtfertigen. Nur dies ist der Zweck nachstehender Bemerkungen. Eine erschöpfende Antikritik wäre wenig lohnend gegenüber einem Autor, der nicht leicht Widerspruch duldet,[64] wäre aber auch gleichbedeutend mit einer Gesamtdarstellung der Lehre von der Stellvertretung, welche weit über den Plan dieses Buches hinausginge.[65] — Schloßmann hält der herrschenden Doktrin vor, daß sie die Stellvertretungswirkung auf zwei „wesenlose", „bedeutungslose" Begriffe (I S. 232 ff., II S. 112)

---

[61] Vgl. Krainz § 381. Allenfalls gehört noch die obligatorische Wirkung des Auftrags zugunsten Dritter hierher — vgl. unten § 83. Umgekehrt verweist Hasenöhrl I S. 415 gerade die Erörterung über „Umfang der Vollmacht, Ratihabition usw." in den speziellen Teil des Obligationenrechts.

[62] Auch der der „Kritik der herrschenden Lehren" nachgefolgte II. Teil des Schloßmannschen Werkes, die „wissenschaftliche Grundlegung", ist wesentlich ebenso negativen Inhalts wie jener I. Teil.

[63] S. Binder Krit. VJSchr. XLVI S. 347 ff., Ortmann Arch. für bürgl. Recht XVIII S. 377 f., Kipp Ztschr. f. H. R. LVII S. 214, Herrmann Grünhuts Ztschr. XXIX S. 765 ff., dann Hupka S. 23 ff., Isay S. 175 ff., Manigk Das Anwendungsgebiet der Vorschr. für die Rechtsgeschäfte S. 298 ff., M. Rümelin Arch. f. d. ziv. Praxis XCIII S. 149 und 295, Wellspacher Das Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 79, auch Preuß, Jahrb. für die Dogm. XLIV S. 429 ff. Geneigt Schloßmann Gefolgschaft zu leisten ist Dniestrzanski, aber (siehe S. 64 f., S. 84 ff., S. 113 ff.) auch nicht in allen Punkten.

[64] Zeuge dessen der Ton der Polemik Schloßmanns gegen Hupka (namentlich II S. 417 ff., S. 483 ff.) oder die ungerechte Abfertigung Manigks II S. 638.

[65] Angesichts der eigentümlichen Methode Schloßmanns, welcher sich mit seinen Schlußfolgerungen aus „Grundprinzipien" der „Billigkeit" und „Gerechtigkeit" (II S. 68, 83, 467 u. a.) in einer Art mittlerer Zone zwischen der lex ferenda und der lex lata bewegt (vgl. II S. 150 und 351), sei ausdrücklich gesagt, daß es mir nur um die Darstellung des geltenden Rechts zu tun ist. Nur aus jener Methode, die in ihrer Art ebenso aprioristisch vorgeht wie die der verpönten „Begriffsjurisprudenz", erklärt es sich, daß Schloßmann nicht selten der gegnerischen Lehre, so insbesondere Hupka einzelne Thesen als angebliche Absurditäten vorhält, von denen er selbst zugibt, daß sie im BGB. wirklich begründet sind (s. II S. 3 und S. 434 oder II S. 489 gegen Biermann).

zurückführe, die „Vollmacht“ und das „Handeln im Namen des Anderen“. Wenn dem so ist — dies das Hauptargument, auf welches Schloßmann immer wieder zurückkommt — so bleibt als wirksame Grundlage der Vertretungswirkung in der Tat nur das sogenannte interne Gestionsverhältnis zwischen dominus und Vertreter übrig und die „Vollmacht“ verschwindet wieder im Auftrag, aus welchem unsere Doktrin sie mühsam ausgeschieden zu haben glaubte.[66] Die „völlige Nichtigkeit“ des Vollmachtsbegriffes (II S. 249) nun soll sich daraus ergeben, daß Ursache von Rechtswirkungen immer nur reale Vorgänge, greifbare Tatsachen sein können: die „Vollmacht“ aber sei nach der eigenen Aussage ihrer Anhänger eine „Macht“, eine Art juristischer Kraft, die nur in der Phantasie der Juristen existiere.[67] Der Einwand wäre treffend, wenn jene Lehre wirklich meinte, in der „Vollmacht“ den Tatbestand der Stellvertretung gefunden zu haben. In Wahrheit aber bezeichnet die „Vollmacht“ zunächst selbst eine Rechtsfolge, wie jede solche etwas bloß Gedachtes,[68] allerdings aber eine Rechtsfolge eigener Art. Es handelt sich dabei um eine Art juristischer Begriffsbildung, deren technischen Wert nicht umsonst Jhering gepriesen hat.[69] Der Inbegriff der Rechtsnormen wirkt als juristisches Kausalitätsgesetz stets so, daß die Entstehung, der Untergang oder die Veränderung subjektiver Rechte an den Eintritt gewisser (juristischer) Tatsachen geknüpft wird — letztere der in die Sinne fallende „Tatbestand“, erstere deren immer nur im Urteil des Juristen zusammengefaßte Rechtswirkung. Diese Tatbestände nun sind zumeist nicht einfache, sondern zusammengesetzte, und nicht alle Elemente derselben treten notwendig gleichzeitig in die Erscheinung. Manche dieser Elemente sind ferner den verschiedensten Tatbeständen gemeinsam, das heißt sie können, je nachdem sich ihnen dieser oder jener weitere Tatbestand beigesellt, mit letzterem zusammen diese oder jene Rechtsveränderung bewirken. Da liegt es nun nahe, daß gewisse Rechtssätze solche Tatbestandssegmente nach Voraussetzung und Wirkung normieren, eine bewährte „analytische Vereinfachung,“[70] welche dazu führt, die Rechtslage, die durch jenen Teiltatbestand geschaffen ist, als selbstständigen „Begriff“ aus dem Ganzen auszuscheiden. Klar, daß das, was dieser Begriff bezeichnet, an sich noch keine konkrete Rechtsveränderung erzeugt, wohl aber im Verein mit sich anschließenden weiteren Tatbestandsmomenten solche zu erzeugen vermag. Dem gegebenen Tatbestandsteile gegenüber erscheint das bereits als Rechtsfolge, im Hinblick auf den künftigen aktuellen Effekt als der Ausdruck der Verbindung der neu dazukommenden Tatbestandsmomente mit jenen schon früher ins Leben getretenen. So steht es

[66] Vgl. II S. 11.

[67] II S. 112, S. 452 f.

[68] So auch Manigk a. a. O. S. 330 f., dessen Ausführungen über die Natur und Arten der Rechtswirkungen (S. 4 ff.) ich aber für nicht ganz zutreffend halte.

[69] Jhering Geist des römischen Rechts III § 55.

[70] Jhering a. a. O.

zum Beispiel mit der „Handlungsfähigkeit."[71] Die Handlungsfähigkeit, welche wir einer Person beilegen, die ihr 24. Lebensjahr vollendet hat, ist noch kein durch die Tatsache des zurückgelegten 24. Jahres begründetes „subjektives Recht", wohl aber ist diese Tatsache die Voraussetzung, unter welcher allein andere Tatsachen (Rechtshandlungen des Großjährigen) verschiedene Rechte oder Pflichten zur Entstehung bringen können. Noch niemand hat etwas dagegen eingewendet, wenn wir, statt z. B. als Ursache einer Wechselverpflichtung die Wechselunterschrift und die Tatsache der Geburt des Verpflichteten vor mehr als 24 Jahren anzugeben, die verpflichtende Kraft dieses Wechsels aus der „Handlungsfähigkeit" des Ausstellers ableiten. Ganz ebenso ist „Vollmacht" nur der Ausdruck für den Teil des Tatbestandes eines Rechtsgeschäftes, welcher zusammen mit anderen Tatbestandsmomenten (der Geschäftsführung) kraft des Gesetzes die Rechtswirkung des Geschäftes für einen Anderen begründet.[72] Mit demselben Rechte wie die „Vollmacht" müßte Schloßmann auch den Begriff der Handlungsfähigkeit und gar manchen anderen über Bord werfen. Das Fahrzeug der Jurisprudenz wäre damit viel leichter, gleichwohl aber viel unbeholfener geworden! Es ist charakteristisch, daß Schloßmann selbst nicht selten seinen meist viel umständlicheren Formulierungen zur Erläuterung „die Terminologie der herrschenden Lehre" an die Seite stellt.[73] — Was das „Handeln in fremdem Namen" betrifft, so mag zugegeben werden, daß diesbezüglich in der Literatur manche unklare Vorstellung unterläuft; aber zuletzt gelangt doch auch Schloßmann zu Rechtssätzen, die ihrem „Inhalte nach mit dem von der herrschenden Lehre behaupteten Rechte übereinstimmen." (II S. 333.)[74] Er kämpft auch hier mehr gegen das Wort als gegen die Sache. — Der letzte Grund aber, warum Schloßmann die herrschende Auffassung so „in tiefer innerer Seele verhaßt" ist, liegt wohl darin, daß sie die Vertretungswirkung auf den Willen des Vertretenen (die Bevollmächtigung) und den Willen des Vertreters (das Handeln im Namen des Anderen) gründet, statt auf die Regel des objektiven Rechts.[75] Dieser neue Feldzug gegen das „Willensdogma" wäre nicht ohne

---

[71] Vgl. jetzt auch Kohler I S. 436. Ein anderes Beispiel, bei Manigk a. a. O. S. 14, bildet der „Wohnsitz" — ein Rechtsbegriff, insofern er kraft Gesetzes auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, zugleich die Voraussetzung für die Entstehung gewisser Rechte oder Pflichten bei Hinzukommen weiterer Tatbestandsmomente, z. B. der Einlassungspflicht gegenüber einer Klage, der Erfüllung einer Obligation an diesem Orte (§ 1420) u. dgl.

[72] Ich akzeptiere also Schloßmanns ironischen Ausspruch II S. 453: „Der Tatbestand der Bevollmächtigung erzeugt die Vollmacht und diese in Verbindung mit gewissen anderen Tatsachen die Rechtswirkungen, die als Vertretung praktisch anerkannten Rechte und Pflichten des Vertretenen"; vgl. jetzt auch Bekker Jahrb. für die Dogm. XLIX S. 8.

[73] S. z. B. II S. 135, 137, 139; vgl. auch I S. 238.

[74] Vgl. II S. 326 ff., S. 337 ff.

[75] Vgl. I S. 97 ff., II S. 546, auch Schloßmann Kieler Festgabe für Ihering S. 238.

Verdienst,[76] wenn dies Dogma wirklich noch in seiner alten scholastischen Schärfe herrschen würde. Allein, dem ist lange nicht mehr so. Wenn wir heute sagen, die Vollmacht beruhe auf dem Willen des dominus, oder die Stellvertretungswirkung auf dem Willen des Vertreters, im Namen des Anderen zu handeln, so denken wir dabei nicht an eine formelle Erklärung des Wollens der bestimmten Rechtsfolge in allen ihren Einzelheiten,[77] sondern daran, daß das gesamte Verhalten dieser Personen objektiv als Ausdruck der Absicht erscheinen müsse, einen bestimmten praktischen (empirischen) Erfolg zu realisieren.[78] Zu diesen, auch dem nicht juristisch Denkenden, bewußten Absichten, gehört nun aber sicherlich auch die, daß das vorzunehmende Rechtsgeschäft den Vertreter gar nicht berühren und sofort nur den Vertretenen treffen solle.[79] — Fassen wir nun in diesem Sinne insbesondere das „Wollen" des dominus, durch welches die „Vollmacht" begründet wird, nicht als eine solenne und daher notwendig auch äußerlich selbständige Willenserklärung auf, so ist anzuerkennen, daß die „Bevollmächtigung" sehr oft lediglich in demselben Vorgange, demselben „Tatbestande", zum Ausdrucke kommt, welcher das Geschäftsführungsverhältnis zwischen dominus und Vertreter begründet, mit anderen Worten, daß die Erteilung der „Vollmacht" sehr oft tatsächlich in dem „Auftrag" steckt. Auch wenn man die bisher erörterten Argumente Schloßmanns zurückweist, kann man daher die Frage aufwerfen, ob es denn zulässig sei, begrifflich die „Bevollmächtigung" von dem sonstigen Geschäftswirken loszulösen, wenn doch beide in demselben Tatbestande gegeben sind, oder ob nicht Schloßmann im Rechte sei, wenn er schlechthin die „Vollmacht" mit dem zwischen dominus und Vertreter bestehenden Verpflichtungsverhältnisse identifiziert.[80] Da scheint mir nun, daß Schloßmann sich von vorneherein

---

[76] So wie vor 30 Jahren die in Schloßmanns „Vertrag" zum Ausdruck gebrachte Skepsis deshalb von großem Werte war.

[77] Auch nicht Manigk, obgleich dieser Schriftsteller das Willensmoment wieder schärfer betont, siehe Manigk a. a. O. S. 5 ff., S. 79 ff., S. 300 ff. S. auch oben § 1 N. 33. Schloßmann widerspricht sich übrigens einigermaßen, wenn er an der einen Stelle (II S. 18) von der „noch unbehelligt fortlebenden Willenstheorie" spricht, an anderen davon, daß „der Glaube an die zeugende Kraft des Willens jetzt im Absterben begriffen" (I S. 98 f.) oder daß die Willenstheorie „noch immer nicht ganz" verlassen sei (II S. 473).

[78] Vgl. M. Rümelin a. a. O. S. 140 ff. In diesem Sinne muß ja auch Schloßmann gelten lassen, daß das Vertretungsverhältnis durch den Willen des dominus bezw. des Vertreters ins Leben gerufen wird (II S. 481 und 109, S. 347 ff).

[79] Dies gegen Schloßmann I S. 274 f., S. 108 f.; vgl. auch Rümelin a. a. O. S. 144 und unten § 76 N. 63. Vgl. jetzt § 19 Ges. v. 6. März 1906 über Gesellsch. m. b. H.: „. . . gleichgiltig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Beteiligten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte".

[80] Schloßmanns Standpunkt (II S. 110), daß die Vertretungswirkung überall nicht nur eine Verpflichtung des Vertreters zur Geschäftsführung, sondern eine „in allen Beziehungen

den richtigen Weg versperrt, indem er für die Erforschung der Voraussetzungen der Vertretungswirkung die indirekte Stellvertretung zum Ausgangspunkte nimmt und es für „nicht denkbar" erklärt, „daß der Eintritt der direkten Wirkung, wo sie stattfindet, von anderen Voraussetzungen abhängig sein sollte, als der der mittelbaren" (II S. 49). Da er nun für die indirekte Stellvertretung gewiß mit Recht[81] behaupten kann, daß ihre Wirkung lediglich durch das obligationenrechtliche Verhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen vermittelt werde, so ergibt sich ihm mit Notwendigkeit die Folgerung, daß auch die direkte Wirkung nur in diesem Obligationsverhältnisse begründet (II S. 44 ff.), mit anderen Worten die sogenannte „Vollmacht" im „Auftrage" enthalten sei. Allein die eine Prämisse dieses Schlusses übersieht eben den Kern des Unterschiedes zwischen direkter und indirekter Vertretungswirkung. Sobald einmal unmittelbare Wirkung der Rechtshandlungen des Vertreters als möglich anerkannt ist, handelt es sich, ganz anders als bei indirekter Stellvertretung, um rechtliche Beziehungen dritter Personen zu dem dominus, und ist deshalb nicht einzusehen, warum diese Beziehungen a priori sich mit jenen zwischen dem Vertreter und dem dominus decken müssen. Von diesem Standpunkte aus erscheint die Willenserklärung des dominus als eine auch für dritte Personen maßgebende, die mit dem Vertreter in Berührung kommen,[82] und naturgemäß können deren Wirkungen diesen gegenüber möglicherweise andere sein, als dem Vertreter gegenüber. Daraus aber erwächst der Theorie das Recht und die Pflicht, die beiden Momente begrifflich zu sondern. — Der schlagendste Beweis für die Richtigkeit dieser Begriffsabgrenzung liegt nun selbstverständlich darin, daß tatsächlich in gewissen Fällen (direkte) Stellvertretungswirkung eintritt, und zwar auf Grund des Willens des dominus, obgleich es an dem Obligationsverhältnisse zwischen ihm und dem Vertreter fehlt. Und in der Tat muß Schloßmann trotz aller Opposition gegen die „Vollmacht ohne Auftrag" die Existenz solcher Fälle gelten lassen. Daß er diese Fälle als „Ausnahmen" vom „Prinzip" stigmatisiert (II S. 139, S. 462 f.),[83] ändert nichts an der Tatsache, daß Vollmacht und Auftrag nicht begrifflich Eins sein können, wenn in Wirklichkeit auch nur „ausnahmsweise" die eine ohne den anderen bestehen kann. — Nicht minder ist es nur eine verschleierte Anerkennung der vom Auftrag unabhängigen Bevollmächtigung, wenn Schloßmann die Vollmachtserklärung, wo sie sich tatsächlich vom Auftrage äußerlich abhebt (etwa in der Vollmachtsurkunde) nicht als

---

pflichtgemäße" Ausführung voraussetze, führt ihn zu der Konsequenz, für das österr. Recht auf Grund § 1009 nur der „emsig und redlich" besorgten Geschäftsführung die Vertretungswirkung beizumessen (II S. 517).

[81] S. oben S. 424.

[82] Vgl. oben S. 431 f. Ein leises Zugeständnis dieses Gedankens bei Schloßmann II S. 475. Bedenklich hier Manigk a. a. O. S. 395.

[83] II S. 532 kommt sogar zum Vorschein, daß das „nachgewiesene Grundprinzip zur Ausnahme geworden ist"!

„Willenserklärung" gelten lassen will, sondern nur als „außergerichtliches Geständnis" des Auftrags (II S. 471 ff.),[84] aber als ein Geständnis, gegen welches der Gegenbeweis abgeschnitten sei — eben in jenen Fällen,[85] in welchen die herrschende Theorie von einer selbständigen Vollmacht spricht![86] Und wenn diese Theorie geneigt ist, von „abstrakter Vollmacht" zu reden,[87] so mag zugegeben werden, daß der Gegensatz von „abstrakt" und „kausal" hier nicht dieselbe Bedeutung habe, wie bei Veräußerungsgeschäften";[88] aber daß die Bevollmächtigung „abstrakt" sein kann in dem Sinne ihrer rechtlichen Unabhängigkeit von Bestand und Umfang des internen Geschäftsführungsverhältnisses zwischen dominus und Vertreter, dessen Zwecken sie tatsächlich dienen soll, muß doch seine Richtigkeit haben, wenn Schloßmann anerkennt, daß das in der „Bevollmächtigung" gelegene „außergerichtliche Geständnis mitunter die Natur einer cautio indiscreta" hat (II S. 479).[89] — Nahezu Punkt für Punkt kommt somit Schloßmann auf die Lehrsätze der herrschenden Doktrin zurück; nur deren Ausdrucksweise ist es zuletzt, über welche er den Stab bricht. Soll das in der Tat Grund genug sein, die alte Lehre mit der neuen zu vertauschen?

§ 62.

2. Auftrag und Geschäftsbesorgung.

Als vorläufiges Ergebnis[1] der Begriffsbestimmung ist festgestellt, daß den Kern des „Bevollmächtigungsvertrages" nach § 1002 der Auftrag bildet, die Verpflichtung des Beauftragten gegenüber dem Auf-

[84] Selbst dann, wenn die Erklärung auf die Zukunft lautet (II S. 477 f.)!

[85] II §§ 66, 67, 68 und 75, siehe auch II S. 593 f.; vgl. dazu oben S. 431 f. Einen „Widerruf" der „Vollmacht" (im Gegensatze zur Aufhebung des Gestionsverhältnisses) kann Schloßmann natürlich nicht anerkennen, wäre das doch nach seiner Anschauung die Aufhebung von etwas, was ohnehin nicht existiert. Aber auf dem Umwege über die Beweisfrage gelangt er doch wieder dahin: Der „Widerruf" ist eine „einfache Mitteilung zum Zwecke der Warnung des Dritten", welche der Machtgeber erläßt, um die Gefahr zu vermeiden, daß „die Beweiskraft seines Geständnisses bis zur Unwiderleglichkeit gesteigert bleibe" (II S. 583 f.).

[86] Schloßmann gibt nur zu, daß hier eine „künstlich geschaffene Gestalt" der Vertretungswirkung (II S. 519), ein Gegensatz zwischen „wirklichem und ostensiblem Auftrag" (II S. 483) vorliege.

[87] S. nur Planck I S. 216 f., Enneccerus I S. 430, Ladenburg Ztschr. f. H. R. XI S. 73 f. und Hupka S. 155 ff. (gegen dessen vielleicht zu extremen Standpunkt s. Kipp Ztschr. f. H. R. LVII S. 217, Stubenrauch II S. 219 N. 4, Wellspacher a. a. O. S. 216 f., S. 79 f., auch unten § 89 N. 17).

[88] Schloßmann II S. 445 ff. (bedenklich der Vergleich II S. 37 f.); vgl. Leonhard a. a. O. S. 317 f., Eck Vorträge S. 184 N. 1.

[89] S. auch II S. 520, wo Schloßmann einen Gegensatz zwischen „materieller" und „abstrakter" Ordnung der Vertretungsverhältnisse aufstellt.

[1] S. oben S. 439.

traggeber. Nunmehr ist der Gegenstand dieses Auftrages zu untersuchen. Denn daß der „Auftrag" an sich, seinem Wortsinne nach, Dienste oder Arbeiten jeder Art zu umfassen vermag, bedarf keiner weiteren Ausführung.[2]

Als dieser Gegenstand wurde oben vorläufig die Stellvertretung bezeichnet; dazu berechtigt gewiß die Ausdrucksweise des § 1002, Besorgung „im Namen des Andern", sowie schon die Bezeichnung des Vertrages als „Bevollmächtigungsvertrag" und der Kontrahenten als „Machtgeber" und „Machthaber" (oben S. 420).[3] Allein, was ist nun, im Sinne des Gesetzes, Gegenstand einer Stellvertretung?[4] In § 1002 selbst lautet die Antwort auf diese Frage: „Geschäftsbesorgung". Und für die Erkenntnis dieses Begriffes scheint auf den ersten Blick der Schlüssel in der Systematik des 22. Hauptstückes des II. Teiles des ABGB. zu liegen; ist doch laut der Überschrift dessen Stoff die „Geschäftsführung" oder, damit offenbar identisch[5], „Geschäftsbesorgung". Als Unterarten dieses Gattungsbegriffes aber erscheinen die beauftragte oder vertragsmäßige (§§ 1002—1033), die „gerichtliche und gesetzliche" Bevollmächtigung (§ 1034) und die Geschäftsführung „ohne Auftrag" (§§ 1035—1040). Darnach scheint insbesondere klar, daß die Gebiete von Auftrag und negotiorum gestio sich decken.[6] Und läßt sich für letztere nicht bestreiten, daß die „Geschäftsbesorgung" sich auf freiwillige Hilfeleistung jeder Art erstreckt, auf Dienste rein faktischer nicht minder wie auf solche juristischer Natur,[7] so wäre klar, daß dasselbe auch von dem „Bevollmächtigungsvertrage" gelten müsse, sowie vom Mandat des gemeinen Rechts. Allerdings müßte dann, um der Ausdrucksweise des

[2] S. nur Windscheid II S. 745, D. Mot. II S. 527; — vgl. auch im ABGB. § 709.

[3] Krainz II S. 284 N. 6; vgl. PrLR. I 13 § 5: „ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben", dazu Förster-Eccius II S. 350.

[4] Daß das immer noch ein Problem ist, zeigt ein Blick auf die neueste Literatur der Stellvertretungslehre; vgl. unten N. 8.

[5] Die Identität von „Geschäftsführung" und „Geschäftsbesorgung" beweist der Vergleich des § 1036 („wer ein fremdes Geschäft besorgt") mit § 1037 („das Geschäft zu des anderen Vorteile geführt") und mit der Marg. Rubr. der §§ 1035 ff. Für das deutsche BGB. ebenso Brückmann Die Rechte des Geschäftsführers S. 9 f.

[6] Davon geht Ogonowski Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. Rechte aus, s. besonders S. 61 und 105.

[7] Über den Gegenstand der negotiorum gestio wird im folgenden Kapitel zu handeln sein; an dieser Stelle genüge die Bemerkung, daß das ABGB. schon durch das Zitat des § 403 im § 1036 beweist, daß es dabei auch an rein „faktische" Geschäfte denkt. Über die Abgrenzung dieses letzteren Begriffs s. etwa Isay S. 44 ff., auch Lotmar a. a. O. S. 277 N. 1.

ABGB. Rechnung zu tragen, zugegeben werden, daß eine „Stellvertretung" auch in bloß tatsächlichen Verrichtungen möglich sei.[8]

Allein die Systematik des ABGB. ist zu wenig stramm, als daß derartige Schlußfolgerungen aus derselben berechtigt wären. Es genügt darauf hinzuweisen, daß eben jenes 22. Hauptstück trotz seines Titels zweifellos auch Institute normiert, welche überhaupt nicht auf „Geschäftsführung" beruhen, die Fälle „nützlicher Verwendung" „ohne Geschäftsführung" (§§ 1041 ff.),[9] sowie auch anderseits das Gesetz „aufgetragene Geschäfte" kennt, welche aus dem Rahmen der „Bevollmächtigung" herausfallen (§ 1161).[10] Notwendig also muß die „Geschäftsführung" des § 1002 einen engeren Umfang haben.

Ist aber dem gesetzlichen Begriff der Stellvertretung von der Seite der „Geschäftsbesorgung" des § 1002 nicht beizukommen, so muß umgekehrt der Begriff der „Geschäftsbesorgung" in § 1002 aus dem Wesen der Stellvertretung[11] entwickelt werden. In dieser Richtung kann nun zwar nicht a priori behauptet werden, Besorgungen „im Namen des Andern", wie § 1002 sagt, können nur Rechtsgeschäfte (oder verwandte Rechtsakte) sein;[12] denn der Sprachgebrauch

[8] Hat doch der naturrechtliche Gedanke, der Auftraggeber sei „die sittliche Ursache der Handlungen des Bevollmächtigten" (Martini Lehrbegr. d. Naturrechts S. 213), auf welchen der die „Stellvertretung" beherrschende Satz „quod quis facit per alium, per se fecisse videtur" gegründet wurde (siehe auch Zeiller Das natürliche Privatrecht S. 174), an sich gewiß nicht nur auf rechtsgeschäftliche Handlungen des Vertreters Bezug; und fehlt es doch auch jetzt nicht an Stimmen, welche dem Begriffe der „Vertretung" eine weitere Bedeutung vindizieren, s. u. a. Brinz Krit. Blätter II S. 5, Schloßmann II S. 13 f., Zimmermann Stellvertr. neg. gest. S. 15, Schiffner V S. 32, Hasenöhrl I S. 400 f., Karlowa Das Rechtsgeschäft S. 240 f., dagegen Laband S. 188 f., Ihering I S. 277 N. 4, Regelsberger P. I S. 580 f., auch Brinz P. IV § 578, vgl. Unger II S. 133 N. 18, Mitteis S. 2; — s. noch unten §§ 71 bis 73.

[9] Vgl. das amtl. Reg., welches ad v. „Geschäftsführung" nur die §§ 1035 bis 1040 zitiert.

[10] Vgl. auch § 1299 („wer ein Geschäft übernimmt"). Ob auch im § 960 die „aufgetragenen Geschäfte" über die „Geschäftsbesorgung" des § 1002 hinausgehen (so Krainz II S. 284 N. 6), scheint mir sehr zweifelhaft; s. darüber unten § 69 N. 6.

[11] Jede Argumentation aus dem Terminus „Stellvertretung" ist für uns schon dadurch ausgeschlossen, daß das ABGB. denselben als technischen Ausdruck nicht kennt. Im amtlichen Register kommt das Wort gar nicht vor; das Gesetz spricht gelegentlich vom „Stellvertreter" im Sinne des Substituten (§§ 75, 81, 82 und 1010 — s. unten § 81), im § 867 mit Bezug auf die Organe juristischer Personen. Als „Vertreter" werden an zahlreichen Stellen nur die sogenannten gesetzlichen Vertreter (Ehemann, Vater, Vormund, Kurator) bezeichnet (s. z. B. §§ 49, 152 und 243 — dazu Reg. h. v., dann §§ 310, 1034, 1494 u. a). Über die „Bestellung" von Personen s. Dniestrzanski Das Wesen des Werklieferungsvertrages S. 22.

[12] Vgl. z. B. die Gründe des OGH. Slg. II 767: Als „im Namen" des Kindes können nur „Rechtshandlungen" des gesetzlichen Vertreters gesetzt gelten.

zur Zeit der Redaktion dieser Gesetzesstelle war noch lange nicht so gefestigt, wie er es heute ist.[13] Wohl aber ergibt sich dies aus der im § 1017 positiv charakterisierten Wirkung dieses Handelns „im Namen" des Auftraggebers, einer Wirkung, die dem Gesetze eben als der Erfolg der „Geschäftsbesorgung" des § 1002 nach außen gilt. Danach besteht letztere darin, daß der Mandatar „nach dem Inhalt der Vollmacht" als „Repräsentant" des Mandanten auftritt und als solcher kraft dieses Rechtsverhältnisses dem Mandanten „Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen"[14] kann. Davon aber kann nur bei „juristischen Handlungen" die Rede sein. Daß das ABGB. auch sogenannte indirekte Stellvertretung kennt,[15] steht nicht entgegen. Denn die Art und Weise, wie das Gesetz diese in demselben § 1017 neben die direkte stellt,[16] zeigt, daß dabei immer Fälle vorausgesetzt sind, wo die direkte Vertretungswirkung an sich denkbar wäre, daß also das Anwendungsgebiet beider Arten nicht verschiedenen Umfang hat.

Darnach gibt es „Stellvertretung" jedenfalls nicht in rein tatsächlichen Verrichtungen, d. h. solchen, welche überhaupt in der Rechtssphäre des Anderen keine Änderung bewirken, wie etwa der Transport einer Sache als solcher, oder das Konzipieren eines Schriftstückes[17] u. dgl. — oder auch solche Naturalakte,[18] welche allerdings irgend einen Rechtserfolg für oder gegen den Anderen nach sich ziehen, aber nicht kraft Rechtens, weil dazu eine „Vollmacht" besteht, sondern ohne Rücksicht auf ein Rechtsverhältnis,[19] nicht juristische Kausalität, sondern Reflexwirkung der natürlichen Kausalität auf dem Rechtsgebiete, wie etwa die physische Teilung oder Zerstörung einer Sache, das Aufgeben der Detention seitens eines „Besitzdieners" u. dgl. An späterer Stelle wird dies noch im einzelnen zu erhärten sein.[20] Hier ist damit vorerst im allgemeinen festgestellt, daß der Auftrag im Sinne § 1002, da er ja auf Stellvertretung abzielt,[21] die Besorgung rein

13 Darüber noch unten § 63.

14 Allerdings ein zu enger Ausdruck, gleichwie in Art. 52 HGB.; s. dagegen Wendt in Endemanns Handbuch des Handelsrechts I S. 297.

15 Darüber unten § 63.

16 Vgl. auch unten N. 23.

17 Vgl. Ihering I S. 278; dagegen Schloßmann I S. 53.

18 In anderem Sinne gebraucht Bekker P. II S. 92 f. den Ausdruck.

19 Vgl. Bechmann Der Kauf II S. 4, Kohler in Grünhuts Ztschr. XIII S. 287 und 291, Pininski Sachbesitzerwerb II S. 283 f. — bei der Wirkung der Stellvertretung ist das „Können" die Frage (s. oben S. 429), bei diesen Naturalakten nur das „Dürfen", ein Gegensatz, der gut in §§ 1017 und 1035 zum Ausdruck kommt; vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 14 f.

20 Unten §§ 72 und 73.

21 S. oben S. 439.

tatsächlicher Dienste und Naturalakte in obiger Bedeutung ausschließt und nur solche Besorgungen umfaßt, welche kraft des zwischen Auftraggeber und Auftragempfänger zu begründenden Rechtsverhältnisses[22] in die Rechtssphäre des ersteren einzugreifen bestimmt sind.[23]

Daß dies nicht nur „Rechtsgeschäfte" im engsten Sinne des Wortes sind, ist klar,[24] und deshalb bedarf es an dieser Stelle nicht des Versuchs einer genauen Abgrenzung dieses Begriffes. Niemand wird zweifeln, daß auch sonstige „Rechtshandlungen", welche üblicherweise zu den „Rechtsgeschäften" nicht gezählt werden, wie zum Beispiel Prozeßhandlungen in den Bereich der Stellvertretung fallen, oder die Empfangnahme von Erklärungen Dritter (sogenannte passive Stellvertretung).[25] Entscheidend bleibt nur das oben hervorgehobene Merkmal. Wir haben für den dadurch beschriebenen Kreis keinen technischen Ausdruck[26] — wenn anders nicht eben die „Geschäftsbesorgung" als solcher gelten darf.[27] So verstanden, gewinnt die

[22] Daß dies auch für die sogenannte indirekte Stellvertretung zutrifft, siehe unten § 63.

[23] Ebenso der „Vollmachtsauftrag" des PrLR., siehe Röser S. 509 f., Gruchot S. 326 ff., Tophoff Gruchots Beitr. XVII S. 824 ff., Förster-Eccius II S. 348 ff., Dernburg Pr. R. II S. 516; desgleichen das Mandat des Code civ., s. Zachariae Handbuch des französischen Zivilrechts II § 410, Guillouard p. 345 s. (gegen die abweichende Ansicht von Troplong Nr. 164, 170 ss. siehe unten § 64 bei N. 22). Was die D. Mot. II S. 526 von diesen Gesetzgebungen wie vom ABGB. sagen, beruht somit auf Irrtum. Vgl. noch die Zitt. unten N. 30.

[24] Vgl. Gruchot S. 329 f., Röser S. 510, Wendt in Endemanns Handbuch I S. 297, Krainz S. 284, wohl auch Kirchstetter S. 519 N. 3; zu enge Koch III S. 530, Winiwarter IV S. 210, Stubenrauch zu § 1002, Mitteis S. 2 f., auch Manigka a. a. O. S. 355 ff. Inwieweit der Begriff des „Rechtsgeschäfts" auch Prozeßhandlungen umfaßt (vgl. etwa R. Schmidt Lehrbuch § 57), braucht daher hier nicht weiter geprüft zu werden.

[25] Zimmermann a. a. O. S. 47 f., Leonhard Der Irrtum S. 165 N. 2, Hellwig Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 94, Schloßmann I S. 37 ff.

[26] Auch der Begriff der „Rechtshandlung", dessen Umfang zweifellos über den des „Rechtsgeschäfts" hinausreicht (vgl. Kohler Enzyklopädie I S. 582, D. Mot. I S. 127; dann auch die „Rechtsakte" bei Hölder Pand. S. 210 f.) und der namentlich durch das Anfechtungsgesetz — s. auch § 109 EO. — zu Ehren gekommen ist, scheint mir nicht genügend zur Charakterisierung (wie Dernburg Pr. R. II S. 516 f., Fischer Lehrbuch des Pr. R. S. 446, dagegen Förster-Eccius II S. 350 f. N. 17), gerade wegen der besonderen Färbung, die er durch seine Beziehung zum Anfechtungsrecht angenommen hat; vgl. über dessen Anwendung in der österreichischen Gesetzessprache Krasnopolski in Grünhuts Ztschr. XIV S. 66 ff. Über, resp. gegen die „juristische Handlung" neuestens Schloßmann I S. 24 f.

[27] Ich wähle diesen Ausdruck (in einem anderen Sinne als der Ausdruck „Geschäftsführung" nun etwa von Tuhr oder Isay gebraucht wird) umso lieber, weil er gerade den Punkt trifft, in dem sich das ABGB. und das deutsche BGB. (§ 675) berühren; vgl. unten

Legaldefinition des § 1002 einen prägnanteren Sinn: „Bevollmächtigungsvertrag" — der Vertrag, durch welchen die **Verpflichtung** zur **Geschäftsbesorgung** im Namen eines anderen übernommen wird.

Die sichere Probe der Richtigkeit dieser Auffassung liegt darin, daß auf dem Boden eines Gesetzes, welches die Unentgeltlichkeit nicht mehr als Essentiale des Mandatsvertrages erklärt, nur so die Grenzlinie gegenüber dem Lohnvertrag zu finden ist.[28] Gleichwie die Kodifikatoren durch die geschichtliche Entwicklung des Begriffes dahin gedrängt wurden,[29] so bleibt auch für die Interpretation des geltenden Gesetzes als praktikable Scheidung nur die: Gegenstand des Bevollmächtigungsvertrages ist die „Geschäftsbesorgung" in dem angegebenen Sinne (der Stellvertretung)[30] — des Lohnvertrages die Besorgung bloß faktischer Dienste oder Naturalakte.

Aber auch eine Gesetzgebung, welche, wie das deutsche BGB., den „Auftrag" nicht seinem Gegenstande nach definiert, sondern die scheinbar einfachere Grenzscheidung gegenüber dem Dienst- oder Werkvertrag je nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienst-

---

N. 32. Interessant ist auch, daß sich offenbar ganz im Sinne des Textes im amtlichen Reg. zum ABGB. s. v. „Bestellung" die Antithese findet: Bestellung „einer Arbeit, eines Werkes oder Geschäftes s. Dienstleistungen — — Bevollmächtigung", d. h. Lohnvertrag — Bevollmächtigungsvertrag.

[28] Vgl. Dniestrzanski S. 291 ff. Daß die Abgrenzung gegen den Dienst- und Werkvertrag zu einem unlösbaren Problem wird, wenn der „Auftrag" auch faktische Dienstleistungen umfassen und doch nicht wesentlich unentgeltlich sein soll, hat die Opposition gegen den I. Entwurf des BGB. (vgl. oben § 60 N. 33) erkannt — siehe Bähr Gegenentw. S. 112, Gierke Der Entw. S. 294 N. 2, Löwenfeld Gutachten aus dem Anwaltstande S. 860 ff., Petrazycki a. a. O. II S. 371 — daraus aber zumeist die Notwendigkeit der Rückkehr zum essentiell unentgeltlichen Mandat gefolgert; der Standpunkt des PrLR. (und des ABGB.) ist als der richtige erklärt bei Rocholl und Riedner Vorschläge II S. 237, in sehr beachtenswerter Weise aber vertreten schon für das gemeine Recht von Sintenis II S. 560 ff.

[29] Vgl. oben § 60 Zusatz; auch Koch III S. 525.

[30] Es ist dies auch trotz mancher Zweifel im einzelnen die in der österreichischen Literatur überwiegende Auffassung — für die ältere Periode, welche zwischen Auftrag und Vollmacht nicht unterschied, nahezu selbstverständlich, so die Kommentare von Zeiller, Scheidlein, Winiwarter, Stubenrauch zu § 1002, vgl. Kritz S. 103 f., Gruchot S. 328, von neueren Dniestrzanski S. 313 ff. (vgl. aber unten § 63 N. 19), Ogonowski a. a. O. S. 104 f., Schreiber Der Arbeitsvertrag S. 5 und 7, Krainz II S. 283 f., Schuster S. 111, Dürrigl Elemente des österr. Privat- und öffentlichen Rechts (1899) S. 355, Österr. Rechtslexikon I S. 496, Herrmann a. a. O. S. 14 ff., Isay S. 43; dagegen Unger II S. 139 N. 40, zweifelnd Steinbach Rechtsgeschäfte der wirtschaftl. Organisation S. 4, unklar Canstein Lehrbuch des österr. H. R. II S. 208 f. Aus der Praxis: Slg. 8906, entgegengesetzt Slg. 8245 und 3512. — S. noch unten § 69 Z. 6.

leistung gewählt hat, liefert eine indirekte Bekräftigung jener Auffassung, indem sie für die entgeltliche „Geschäftsbesorgung" zwar den Namen „Dienst- oder Werkvertrag" beibehält, aber die Normen des „Auftrages" anwendbar erklärt (§ 675 BGB.).[31] Dieselbe heikle Aufgabe, welche der österreichischen Zivilistik von der Seite des Mandats her erwächst, bleibt daher von der Seite des Dienstvertrages her auch der neuen deutschen Rechtslehre nicht erspart, nämlich die genauere Herausarbeitung dessen, was als „Geschäftsbesorgung" im Gegensatze zu anderen Diensten zu gelten hat.[32]

An dem gewonnenen Resultate darf auch nicht irre machen, daß nach dieser Auffassung der Parallelismus zwischen Mandat und Geschäftsführung ohne Auftrag verloren geht.[33] Denn bei letzterer ist in der Tat nur unentgeltliche Dienstleistung in Frage, eine Grenzlinie gegen den Lohnvertrag daher außer Frage.

Allerdings aber bleibt bei dieser Regelung der Verhältnisse für das österreichische Recht ein ungelöster Rest: Wenn das ABGB. die, sei es unentgeltliche sei es entgeltliche „Geschäftsbesorgung" (Vertretung) dem Bevollmächtigungsvertrag, die entgeltliche Besorgung anderer Dienste dem Lohnvertrag zuweist, so ist für die unentgeltliche faktische Dienstleistung weder da noch dort Raum. Auch unter die „Innominatverträge" läßt sie sich formell nicht

[31] Vgl. oben § 60 N. 34. — Verwandt, aber doch eigenartig ist der Standpunkt des ungar. Entw. eines BGB., nach welchem (§§ 1659 und 1660) der „Auftrag" alle Arten von Besorgungen und ev. auch gegen Entgelt umspannt, was nach den Motiven II S. 412 f. bedeutet, daß der „Auftrag" als der „subsidiäre Typus des Arbeitsvertrages" erscheint; Dienstvertrag aber liege vor, wenn ein dauerndes Anstellungsverhältnis für Dienste „höherer Art" besteht (§ 1625 Entw.) oder es sich um Haushaltungs-, Landwirtschafts- oder Mäklergeschäfte handelt — es wäre denn im letzteren Falle, daß die Parteien ein Mandat gewollt haben! (Dieselbe bedenkliche Verweisung auf den Parteiwillen hatte sich im sächs. GB. § 1299 gefunden.)

[32] „Die enorme Tragweite des § 675" (Endemann 3. Aufl. § 177 N. 5, vgl. 8. Aufl. I S. 1080 N. 15; — für minder wichtig hält die Sache Planck II S. 423 und besonders Hachenburg Dienstvertr. und Werkvertr. S. 17 ff.) wurde sofort erkannt, die mißliche Lage aber, in welche er die Theorie versetzt hat, erkennt man aus der „Musterkarte entgegengesetzter Ansichten" bei Lenel Jahrb. f. d. Dogm. XLIV S. 31 ff.; vgl. Bernhöft Bekker-Fischer Beitr. XII S. 61 ff., Dniestrzanski S. 333 ff., Kohler Lehrb. II 1 S. 116 f., Schollmeyer S. 91, auch Jiay S. 44 N. 2, S. 147, Brückmann a. a. O. S. 22 ff., Lotmar a. a. O. S. 279 ff., Windscheid-Kipp II S. 675. Eine Übersicht gibt die Dissertation von Bormann Beiträge zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" (1901) S. 19 ff. Nach der Abgrenzung des Begriffs der „Geschäftsbesorgung" bei Riezler Der Werkvertrag S. 75 ff. würden, wie er selbst zugibt, fast alle Werkverträge, die praktisch überhaupt interessieren, unter § 675 BGB. fallen!

[33] Nach Ogonowski a. a. O. S. 105 wäre die Symmetrie ungestört, da ihm auch die negotiorum gestio „stellvertretende Handlung" ist; dagegen oben N. 7.

einreihen, denn als solche sind im Gesetze (§§ 1173, 921) nur entgeltliche Verträge gedacht. Es liegt somit eine Lücke im Gesetze vor[34] und es wird die Frage zu stellen sein, ob für derartige Aufträge im weiteren Sinne (zu bloß tatsächlicher Dienstleistung ohne Entgelt) gewisse Grundsätze des Bevollmächtigungsvertrages oder des Lohnvertrages analog anzuwenden sind. Und weil eben diese Frage für den Einzelfall offen bleiben muß, geht es nicht an, den Legalbegriff des § 1002 etwa so erweitern zu wollen, daß auch derartige Aufträge von vorneherein in denselben fallen — ganz abgesehen davon, daß dies eine Begriffsbestimmung des „Bevollmächtigungsvertrages" ergäbe, welche gegen alle „elegantia juris" verstieße.[35] Auf die unentgeltliche Übernahme bloß faktischer Dienste wird daher nur am Schlusse dieser Darstellung, gleichsam anhangsweise zurückzukommen sein (unten §§ 96 und 97).

§ 63.

3. Geschäftsbesorgung im eigenen Namen.

Ein letztes Merkmal des „Bevollmächtigungsvertrages" nach § 1002 ist das Handeln „im Namen des Andern". Ist damit gesagt, daß die stellvertretende Geschäftsführung, welche als Gegenstand des Auftrags nach § 1002 festgestellt wurde, nur sogenannte direkte Stellvertretung sein könne? Nicht wenige unserer Schriftsteller ziehen diesen Schluß.[1] Der Auftrag, in Rechtsgeschäften für den Auftraggeber nach außen im eigenen Namen, als „stiller Stellvertreter" oder „Ersatzmann", einzutreten, so vor allem das kaufmännische Kom-

[34] Vgl. unten § 96.

[35] Sie müßte etwa so lauten wie bei Koch Lehrbuch des preuß. Pr. R. § 655: „ein Vertrag, wodurch jemand übernimmt, umsonst oder gegen Belohnung für den anderen und in dessen Namen ein Rechtsgeschäft zu machen" oder „irgend eine andere unentgeltliche Ausrichtung"! Eine ähnliche Begriffsbestimmung für das gemeinrechtliche Mandat gibt Baron P. S. 476 f.

[1] So Zeiller III S. 269 f. (vgl. unten S. 456), Winiwarter IV S. 210, Stubenrauch II S. 220 f., Randa Besitz S. 536 N. 2, Ogonowski a. a. O. S. 106 f. (s. Schey in Grünhuts Ztschr. V S. 442), Till Das österr. Privatrecht nach Zoll G. Z. 1899 Nr. 33, Österr. Rechtslex. I S. 496, Dürrigl a. a. O. S. 355, Pollitzer Das österr. H. R. S. 576, Adler Das österr. Lagerhausrecht S. 101 N. 4; — dagegen richtig schon Kritz S. 104, dann Krainz II S. 285, Schiffner § 120 N. 27, Schuster S. 111, Slg. 4079 (anders wieder Slg. 5180, 12483), ebenso für das preußische Recht Dernburg Pr. R. II S. 517, Röser S. 510 f., Tophoff Gruchots Beitr. XVII S. 829 (siehe aber auch Koch III S. 529 f., Förster-Eccius II S. 350 f.). — Vgl. auch unten N. 16.

missionsgeschäft des HGB. (Art. 360) könnte dann niemals unter den Begriff des Mandats des ABGB. fallen. Dem ist aber nicht so und die Legaldefinition des § 1002 muß schließlich — nicht der Sache, aber dem Ausdrucke nach — in diesem Punkte sich eine Korrektur gefallen lassen.[2]

Was sich (zu 2) als das für die „Geschäftsbesorgung" des § 1002 Charakteristische und Entscheidende herausgestellt hat, daß dieselbe Rechtsfolgen in der Sphäre des Auftraggebers bezweckt und bewirkt nicht durch natürliche Kausalität, sondern kraft der rechtlichen Beziehungen zwischen dominus und Vertreter, das trifft nicht minder wie für die direkte auch für die sogenannte indirekte Stellvertretung zu.[3] Wie dort nur die dem Mandatar gegebene rechtliche „Macht" Dritten gegenüber die Wirkung für und gegen den dominus zu begründen vermag, so bliebe hier das Gebaren des Mandatars für den dominus ohne Belang, bestünde nicht zwischen ihnen ein rechtliches Band, das Obligationsverhältnis,[4] das die gegenseitige Gewähr bietet, daß die durch die Geschäfte des Mandatars erzeugten Rechtsfolgen auf den Mandatar übertragen, beziehungsweise überwälzt werden.[5] Und deshalb ist es auch begründet, hier wie dort von „Stellvertretung" zu sprechen,[6] und die beiden Fälle

[2] So wie Art. 1984 des Code, vgl. Troplong Nr. 8, Guillouard p. 322 s., Le Jolis Nr. 234, 524.

[3] Vgl. Leonhard a. a. O. S. 297: „Man kann daher den Vertreter im Geschäftsabschlusse als diejenige Hilfsperson im wahren Sinne des Wortes bezeichnen, die nur kraft Rechtssatzes wirksam werden kann"; cf. Guillouard p. 346. — Auch die Bestellung zum Fiduziar kann daher unter den Gesichtspunkt des Mandats fallen; vgl. darüber unten § 79 Zus. 1.

[4] Vgl. oben S. 424; dies das Wahre an der von Schloßmann (siehe oben S. 444 f.) behaupteten Gleichheit direkter und indirekter Vertretung. Auf die jüngst von Müller-Erzbach Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung (1905) in höchst beachtenswerter Weise zur Diskussion gestellte Frage, ob nicht auch bei der sogenannten mittelbaren Stellvertretung unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten anzuerkennen seien, einzugehen, ist hier kein Anlaß.

[5] S. den Rechtsfall bei Fischer, Ztschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1826 II S. 128 ff.

[6] So besonders Schloßmann I S. 95 ff., II S. 50 f., S. 123, s. ferner die bei ihm I S. 5 ff. zitierten und Dniestrzanski S. 81, auch Bekker P. II S. 212 N. m, Wendt P. S. 118 f., Dernburg Pr. R. I S. 256 N. 2, Fischer S. 109 f., sächs. GB. §§ 788 ff., dazu O. Müller Das sächs. Pr. R. S. 242; dagegen beschränken den Ausdruck Stellvertretung auf die sogenannte direkte z. B. Ihering I S. 312 f., Laband a. a. O. S. 195 ff., S. 230, Zimmermann a. a. O. S. 86 f., Grodlowski Das röm. Pr. R. II S. 297, Regelsberger P. I S. 589 f. und das deutsche BGB., vgl. Biermann S. 6, Isay S. 166, Manigk a. a. O. S. 313. Für das ABGB., welches der Terminologie freie Hand läßt, da es den Ausdruck „Stellvertretung" ebenso wie das PrLR. (s. Dernburg Pr. R. I S. 255 N. 1) nicht technisch verwendet (s. oben § 62 N. 11), wollen aber die meisten Schrift-

lediglich als Unterarten, der „mittelbaren" und „unmittelbaren", zu unterscheiden.[7]

In der Definition des § 1002 hat allerdings Zeiller das Handeln „im Namen des Andern" prägnant gemeint, gleichbedeutend mit Handeln „als Repräsentant" des Auftraggebers gegenüber Dritten.[8] Aber der Zusammenhang der weiteren Gesetzesbestimmungen zwingt geradezu, darüber hinauszugehen.[9] Denn § 1017 erklärt zwar, wenn der Machthaber nicht in offener Vollmacht, d. i. im Namen des Machtgebers handelt, die Bevollmächtigung „in Rücksicht des Dritten" ohne „Einfluß"; aber ebenso deutlich anerkennt er die Möglichkeit einer „erteilten geheimen Vollmacht", d. i. eines die Kontrahenten bindenden „Bevollmächtigungsvertrages", welcher auf „stille Stellvertretung" abzielt.[10] Und dasselbe bestätigt § 1088,[11]

steller darunter nur die direkte Stellvertretung verstehen, vgl. außer den Zitaten oben N. 1 Unger II S. 135 N. 2, Hasenöhrl I S. 413 f., Randa Besitz S. 573 f., Exner Rechtserw. durch Tradition S. 127 f., Mitteis S. 3, Burckhard II S. 422, Grünhut S. 41 f., Canstein H. R. I S. 269 (s. aber dagegen Grünhuts Ztschr. III S. 678 f.), Herrmann a. a. O. S. 14. — Übrigens siehe die treffenden Bemerkungen von Binder Krit. Vierteljahrschr. XLVI S. 348 ff. über die Streitigkeiten wegen der Abgrenzung des Begriffes.

[7] Nebensächlich, ob man dann letztere als die „wahre" (Wächter Handbuch II S. 676), „eigentliche" (Seuffert Lehre von der Ratihabit. S. 59) Stellvertretung, als den „engeren Begriff" (Rümelin Zur Geschichte der Stellvertretung S. 3) bezeichnen will.

[8] S. Ofner II S. 44. Das WgalGB. hatte korrekter das Handeln „im Namen eines Andern" nur in die Begriffsbestimmung der „Vollmacht" (III § 106 entsprechend § 1004 ABGB.) nicht in die des „Empfehlungsvertrages" (III § 102) aufgenommen.

[9] Ein Beispiel dafür, daß nicht die Gesetzesmaterialien, sondern die Zusammenhänge des Gesetzes das entscheidende Wort zu sprechen haben; vgl. auch die folgende Note.

[10] Vgl. Dniestrzanski S. 315, Zoll a. a. O. S. 266, auch Slg. 5674; dagegen Randa a. a. O. S. 536 N. 2, welcher behauptet, „arg. § 1017 habe die sogenannte mittelbare Stellvertretung im österr. Rechte ohnehin keine Bedeutung" und jetzt Wellspacher Das Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 223 ff., der es für „ein völliges Mißverständnis" erklärt, die „geheime Vollmacht mit der stillen (mittelbaren) Stellvertretung in Verbindung zu bringen". Allein, mag es auch nach der Entstehungsgeschichte und den Beratungsprotokollen zu § 1017 richtig sein, daß man bei dessen Abfassung lediglich die Regelung zwischen offener Vollmacht und widersprechenden geheimen Instruktionen im Sinne hatte (vgl. oben § 61 S. 432) — so wie die Gesetzesstelle nun einmal lautet, muß man ihr den Satz entnehmen, daß nur das Handeln in offener Vollmacht, d. i. dem Dritten erkennbar im Namen des Machtgebers direkte Vertretungswirkung hat, somit der „geheime" Auftrag nur indirekte Stellvertretung zum Gegenstand haben kann. Insoweit scheint mir daher auch die Polemik Wellspachers gegen Krainz I §§ 123 und 126 nicht begründet. Vgl. PrLR. I 13 §§ 153 f. — Eine Anerkennung der „Vertretungsbefugnis" mit geheimer Vollmacht liegt nun auch in § 180 Abs. 2 EO.; vgl. auch die „déclaration de command" des französischen Rechts, Demolombe Traité des contrats I p. 227 ss.

[11] Vgl. Zoll a. a. O., Krainz II S. 285.

indem er unter gewissen Voraussetzungen, die hier nicht weiter interessieren, den „Verkaufsauftrag" des Trödlers (§ 1086), gewiß einen Auftrag zum Verkauf in eigenem Namen,[12] als „Bevollmächtigungsvertrag" behandelt wissen will. Kein Zweifel also, daß auch das handelsrechtliche Kommissionsgeschäft[13] vom Standpunkte des ABGB. nicht anders zu beurteilen ist.[14] Zeiller hat demnach den Fehler begangen, die Legaldefinition des Bevollmächtigungsvertrages im § 1002 nur dem, für ihn allerdings wichtigsten Falle eines auf direkte Vertretung gerichteten Auftrags anzupassen, obgleich im folgenden Texte des Hauptstückes der andere Fall, der indirekten Vertretung, nicht ausgeschlossen werden sollte. Wie § 1002 nun einmal lautet, besagen daher die Worte „Besorgung im Namen des Andern", trotz Zeiller, füglich nichts anderes, als die mehr populäre[15] Wendung älterer Gesetze[16] und Juristen[17], nämlich Besorgung eines „fremden Geschäfts" „für Rechnung" oder „auf Gefahr"[18] des anderen.

Als Endergebnis der gesetzlichen Begriffsabgrenzung stellt sich somit dar: „Bevollmächtigungsvertrag" — der Vertrag,

[12] Daß der eigentliche Trödelvertrag nicht so sehr einen Auftrag als vielmehr eine Ermächtigung enthält — vgl. nur Reinhold Der Trödelvertrag S. 8 — ist hier nicht von Belang; s. noch unten § 68.

[13] Trotz wesentlicher Verschiedenheit berührt sich der Trödelkontrakt mit der Verkaufskommission; s. nur Treitschke Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel S. 21.

[14] So auch Grünhut S. 48 ff., während Pollitzer H. R. S. 575 f. das Kommissionsgeschäft nur als „mandatähnliches Rechtsgeschäft" gelten läßt, andere, wie Till a. a. O., Rechtslexikon a. a. O. (s. überhaupt oben N. 1) dasselbe geradezu vom „Bevollmächtigungsvertrage" ausschließen, Canstein H. R. II S. 208 f. aber zwischen „Werkverdingung" und Mandat schwankt. — Für das neue deutsche bürgl. Recht kann natürlich mit Rücksicht auf § 662 BGB. nicht mehr die Frage sein, das Kommissionsgeschäft unter den „Auftrag" zu subsumieren, sondern nur noch, ob Dienstvertrag oder Werkvertrag; vgl. darüber Staub Kommentar zu § 383 HGB., Wandelt Die rechtliche Natur des Kommissionsgeschäfts S. 24 ff.

[15] Vgl. über den „gemeinen Sprachgebrauch" Schloßmann I § 11; auch Leonhard a. a. O. S. 297. Auch das „alieno nomine" des klassischen Rechts hat nicht selten solche weiteste Bedeutung, siehe Schloßmann Besitzerwerb durch Dritte S. 35 ff.

[16] S. WgalGB. III § 102: „wenn jemand fremde Geschäfte besorgt", PrLR. I 13 § 5: „ein Geschäft für ihn und statt seiner", Cod. Max. Bav. IV 9 § 7: „in kommittierter Sache". — Vgl. übrigens auch das GebG. T. P. 27: „Bevollmächtigungsverträge, d. i. Verträge zur Führung eines fremden Geschäfts", und dazu die VGHE., Budwinski VII Nr. 1834.

[17] S. z. B. Duaren. Comm. in h. t. cap. I und, nahezu gleichlautend Beckmann Idea Jur. Statut. (1688) p. 297: „contractus consensualis, quo alienum negotium gerendum . . . committitur", Tiller Sistem der bürgl. Rechtslehre II S. 451, Buchner § 27, Glück XV S 239 f., Kritz S. 1: „Geschäftsführung auf Rechnung und Gefahr eines anderen", vgl. denselben S. 104.

[18] G. Noodt Comm. ad D. h. t. p. 371: „contractus de negotio mandatoris periculo gerendo".

durch welchen die **Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung im Namen oder für Rechnung** des anderen übernommen wird, oder wenn, wie bemerkt, „Stellvertretung" in der Tat beides umfaßt — der Vertrag, durch welchen die Verpflichtung zu (stellvertretender) Geschäftsbesorgung übernommen wird.[19]

B.

Die causa des Bevollmächtigungsvertrages.

§ 64.

Die ermittelte, zunächst nur formale Abgrenzung des gesetzlichen Begriffes läßt doch auch das für die wissenschaftliche Erkenntnis entscheidende Moment, den wirtschaftlichen Zweck, die causa des Rechtsverhältnisses[1] hervortreten. Darnach kann der „Bevollmächtigungsvertrag" oder „Auftrag" des ABG. bezeichnet werden als der obligatorische Vertrag, dessen causa stellvertretende Geschäftsbesorgung ist:

Ein obligatorischer Vertrag — zum Unterschied von Rechtsverhältnissen, deren Grundlage der gleiche Zweck der Geschäftsbesorgung für andere sein mag,[2] aber nicht als ein von den Parteien vereinbarter, wie bei „gesetzlicher und gerichtlicher Bevollmächtigung"

[19] Die neueste, vielfach anregende Bearbeitung von Dniestrzanski kommt mit dieser Begriffsbestimmung in einem Hauptpunkte, der Ausscheidung der rein faktischen Dienste, überein. Allein — wie mir scheint, gefesselt von dem Gedanken, die Verträge zugunsten Dritter hier unterzubringen (vgl. S. 123, 301 f., 315 und 321) — faßt Dniestrzanski die Geschäftsbesorgung so weit, daß sie nicht bloß Stellvertretung (direkte und indirekte in sich begreift, sondern jedes „Handeln mit Dritten" (S. 235), „Vorbereiten von Rechtsbeziehungen mit Dritten" (S. 317 und 322), „Anknüpfung von Rechtsverhältnissen mit Dritten" (S. 289); dadurch verliert die Abgrenzung alle Schärfe. Andererseits liegt ihm besonders am Herzen, zu zeigen, daß im Gegensatze zu der modernen Theorie von der abstrakten Natur der „Vollmacht" der „Auftrag" selbst die Grundlage der Vertretungswirkung sei; infolgedessen vernachlässigt Dniestrzanski völlig die Natur des Mandats als Verpflichtungsverhältnis. Und so wird ihm — obgleich es seiner Ansicht nach auch „Aufträge" gibt, die nicht auf Stellvertretung abzielen (S. 320 f.)! — schließlich der „Auftrag" zu einem, mit allerlei Geschäftscausae zu kombinierenden (S. 92 f., 109, 322 und 332) „Grundgeschäfte" (S. 114 und 295) der Stellvertretung, nicht mehr und nicht weniger abstrakt, als die von ihm bekämpfte „Vollmacht" der neueren.

[1] Über die Notwendigkeit der Individualisierung nach der causa siehe oben S. 6 f. u. 16. Was neuestens Schöninger Die Leistungsgeschäfte des bürgl. Rechts (1906) S. 238 ff. über die Unabhängigkeit jeder obligatorischen Leistungspflicht von der causa vorbringt, ist nichts weniger als überzeugend.

[2] Siehe auch unten § 65 über das Verhältnis von Auftrag und „Befehl".

(§ 1034)[3], bei unbeauftragter Geschäftsführung, oder auch der Geschäftsführung des Testamentsvollziehers.[4]

Ein obligatorischer Vertrag, d. i. ein den Machthaber zur Geschäftsbesorgung verpflichtender — im Gegensatz zur Einräumung einer (abstrakten) „Vollmacht" oder „Verfügungsmacht" („Ermächtigung").[5]

Ein Vertrag, charakterisiert durch die causa der „Geschäftsbesorgung",[6] — ungleich Obligationsverhältnissen, deren causa eine andere ist,[7] mag auch deren Verwirklichung unter Umständen das Besorgen fremder Geschäfte mit sich bringen,[8] oder ein äußerliches Zusammentreffen mit der causa der Bevollmächtigung nahe legen, wie dies bezüglich Gesellschafts-, Lohn- oder Verwahrungsvertrages noch zu erörtern sein wird.[9] Trotz des gemeinsamen Berührungspunktes der „Geschäftsführung" bleiben doch die für die Ausgestaltung der so gearteten Rechtsverhältnisse maßgebenden wirtschaftlichen Zwecke zu verschieden, als daß es zulässig wäre, für sie alle die „Geschäftsführung" zum systematischen Ausgangspunkte zu nehmen.[10]

[3] Dazu wäre im Sinne des ABGB. nach §§ 867 und 21 a. E. auch die Geschäftsführung der „Vertreter" juristischer Personen zu zählen (vgl. oben § 62 N. 11). — Über gerichtliche Bestellung von Parteienvertretern im Prozeß s. unten § 74 Z. 1.

[4] Das ABGB. § 816 fußt auf der, jetzt mit Recht verworfenen sogenannten „Mandatstheorie" (siehe nur Strohal Das deutsche Erbrecht, 2. Aufl. S. 162); aber mag darnach auch der Testamentsexekutor die „rechtliche Stellung eines Mandatars" haben (Unger Erbrecht S. 122), jedenfalls beruht seine Bevollmächtigung nicht auf Vertrag — siehe auch Jiay S. 17 f., Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 36.

[5] Oben § 61; vgl. unten §§ 67 und 68.

[6] Wäre schlechthin „jedes unentgeltliche Versprechen einer Handlung ein Mandat", so könnte man in der Tat mit Leonhard Der Irrtum S. 158 N. 1 auch das pactum de mutuo dando als Mandat bezeichnen; dann wäre aber die Frage erlaubt, ob das Mandat nicht geradezu ein abstrakter Vertrag sei (Karlowa Das Rechtsgeschäft S. 240) oder besser noch, ob nicht „der Auftragstypus ganz verschwinden muß", wie Carlebach a. a. O. S. 32 will.

[7] Zu diesen gehört auch das „mandatum qualificatum", dessen wahre causa die Garantieübernahme ist, vgl. unten S. 475.

[8] Es ist dasselbe Verhältnis wie das des Darlehens zur causa „credendi" — oben S. 26 ff. — oder des Depositums zur „custodia" — oben S. 288 ff.

[9] Unten § 69.

[10] Auf der Übertreibung dieses Gedankens beruht die sonst sehr verdienstliche Schrift von Jiay, welche die Führung fremder Geschäfte als „ein selbständiges Rechtsinstitut" „zum erstenmal" (S. 3) zur Darstellung bringt (s. übrigens auch Crome II S. 614 ff. und Tuhr Actio de in rem verso S. 19 ff.), während es sich doch nur um ein in verschiedenartigen Rechtsverhältnissen wiederkehrendes tatsächliches Moment handelt, für welches das Gesetz entsprechende Anwendung der Normen über den Mandatsvertrag vorschreiben mag (so §§ 27, 681, 713, 1978, 2218 BGB., aber auch schon §§ 816, 1039, 1190 ABGB. — „mandatsähnliche Geschäftsbesorgung": Dernburg Bürgl. Recht II 2 S. 365). Vollends eine Umkehrung

Die „stellvertretende Geschäftsbesorgung" als causa des Mandats im Sinne § 1002 charakterisiert sich nun aber nach den Ergebnissen der bisherigen Untersuchung durch ein doppeltes:

Erstens ist sie Besorgung eines fremden Geschäfts, negotium alienum, d. i. Besorgung nicht bloß statt des Mandanten und nicht bloß in dessen Interesse,[11] sondern für Rechnung des Mandanten[12] — während der „Auftrag" im weiteren Sinne ebenso wie die „Vollmacht" lediglich formale Bedeutung hat,[13] und als solche beide auch Geschäftsführung auf eigene Rechnung umfassen mögen. Regelmäßig handelt daher der Mandatar i. e. S. auch auf Gefahr seines Auftraggebers.[14] Die Leistung, die der Mandatar übernimmt, ist somit eine Tätigkeit für die Interessen und Zwecke des Mandanten, Dienstleistung, sei es gegen, sei es ohne Entgelt (§ 1004), der „Bevollmächtigungsvertrag" fällt unter die Kategorie der „Arbeitsverträge".[15]

Zweitens aber liegt das spezifische Merkmal dieser „Arbeit" darin, daß sie „stellvertretende" Geschäftsführung ist. Der Mandatar leistet nicht bloß tatsächliche Dienste wie der Lohnarbeiter, sondern er verwirklicht die geschäftlichen Zwecke, causae seines Mandanten,[16]

des natürlichen Verhältnisses aber ist es, wenn Isay meint, der Auftrag sei mit der Besorgung des Geschäfts erledigt, „alle jetzt weiter eintretenden Rechtswirkungen sind daher nicht mehr Wirkungen des Auftragsvertrages, sondern Wirkungen . . . der Geschäftsbesorgung als solcher" (S. 19 f.), und daß „auch für die Verbindlichkeiten des Geschäftsherrn . . . der Auftrag als solcher nicht Tatbestandsmoment" sei (S. 25)! Muß ja doch gelegentlich Isay (S. 40, 107, 111) selbst anerkennen, daß die Gründe der Übernahme der Geschäftsbesorgung nicht gleichgültig sind. Nur bei unbeauftragter Geschäftsführung kann man sagen, daß dieselbe an sich Entstehungsgrund der gegenseitigen Verpflichtungen ist, s. schon Buchner S. 14. Für das österr. Recht wäre übrigens Isays Standpunkt schon deshalb nicht annehmbar, weil sich nicht einmal der Tatbestand der „Geschäfte" bei Mandat und negotiorum gestio völlig deckt, vgl. oben S. 452. Gegen Isay siehe jetzt auch Dniestrzanski S. 52 ff. und 69 ff.

[11] Vgl. PrLR. I 13 § 5: „ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben".

[12] Vgl. oben S. 457; näheres über die hiermit gegebene Grenzlinie unten S. 472 f., 484 und 488. Die Zurückführung der Zugehörigkeit des „Geschäftes" lediglich auf die „voluntas domini", wie bei Ruhstrat Arch. für die ziv. Praxis XXXII S. 184 ff., wird heute kaum mehr Anhänger finden.

[13] S. oben § 61, über die „abstrakte Vollmacht" insbesondere S. 446.

[14] Vgl. unten § 86. Schloßmann I S. 50, II S. 6 ff.

[15] Endemann I § 172, Crome II S. 611, Dankwardt S. 86; Lotmar a. a. O. S. 34 und 74 f. steckt dem Begriffe des „Arbeitsvertrages" ein engeres Gebiet ab (vom Standpunkt des wirtschaftlichen Interesses mit Recht), aber auch er anerkennt (S. 90), daß die „Geschäftsbesorgung" „Arbeit" und daher möglicher Gegenstand eines Arbeitsvertrages sei.

[16] Mit dem rein formalen Merkmal des „Schließens von (Handels-)Ge-

indem er kraft seiner Vertretungsmacht durch seine Tätigkeit Rechtsfolgen auslöst, welche unmittelbar oder mittelbar jene Zwecke sichern.

Es liegt hier also der besondere Fall vor, daß das Obligationsverhältnis nicht lediglich durch einen wirtschaftlichen Zweck sein Gepräge erhält, sondern zugleich durch ein juristisches Element. Aber dies juristische Element ist nicht bloß eine vom Gesetze an den Tatbestand des Vertragsschlusses, den nur auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten „Parteiwillen", geknüpfte Rechtsfolge,[17] sondern ein Stück des Tatbestandes selbst, nämlich der in dem Bewußtsein der Kontrahenten, deren „empirischen Absicht", mit enthaltene „Wille", nicht bloß sich gegenseitig zu vertragsmäßigen Leistungen zu verpflichten, sondern dem Beauftragten auch die Macht zu geben, daß er weiterhin durch seine selbständigen Entschlüsse den dominus rechtlich binde,[18] kurz, daß er nicht bloß als wirtschaftlicher Gehilfe, sondern als juristisches Organ[19] des Geschäftsherrn für diesen wirke. In diesem, aber auch nur in diesem Sinne, kann im Gebiet des Bevollmächtigungsvertrages von einem **„Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation"** gesprochen werden. Zusatz.

Darin aber, daß im Bevollmächtigungsvertrag, im Gegensatze zu anderen Aufträgen der Machthaber dazu bestellt wird, direkt oder indirekt über die Rechtssphäre des Machtgebers zu verfügen,[20] liegt der tiefere Grund, warum der Mandatar in ganz besonderem Maße des Vertrauens des Mandanten teilhaftig und würdig sein muß. In diesem Sinne kann auch, mit den Worten der Alten, die Stellung

---

schäften für Rechnung" des Auftraggebers (so Art. 360 HGB., Grünhut S. 41 N. 2, siehe dagegen Wandelt a. a. O. S. 13 f.) wäre das Rechtsverhältnis noch nicht charakterisiert (besser das neue deutsche HGB. § 383).

[17] So Schloßmann I S. 107 ff., vgl. dagegen oben S. 444 und im allgemeinen das oben S. 8 N. 33 Gesagte.

[18] Daß dies auch für die sogenannte indirekte Stellvertretung gilt, siehe oben S. 454.

[19] Man darf wohl trotz des Widerspruches, den neuestens Kohler I S. 431 erhebt, diesen Ausdruck gebrauchen (so wie etwa Hellmann Die Stellvertretung S. 21 vom „Willensäußerungsorgan" spricht), ohne sich in den Streit über „Stellvertretung und Organschaft" (s. darüber neuestens Wenger Die Stellvertretung im Rechte der Papyri S. 18 ff. und Preuß Jahrb. f. d. Dogm. XLIV S. 429 ff. gegen Schloßmann ebenda S. 289 ff.) einzulassen, welcher den Gegenstand dieser Arbeit nicht berührt.

[20] Vgl. Freje S. 13, Wach Handbuch des deutschen ZPR. I S. 563 „ein Verfügen innerhalb fremder Rechtssphäre zu fremdem Interesse", Jhering Zweck im Recht I S. 225 f. Auf den „Repräsentativ-Charakter des Mandats" hat bereits Hasse, Die Culpa § 94 die besondere Haftung des Mandatars zurückgeführt.

des Mandatars durch „officium", „amicitia", „fides"[21] gekennzeichnet werden.

Will man aber damit mehr sagen, daß nämlich die Übernahme des Auftrages dem Wesen dieses Verhältnisses gemäß „Freundesgeschäft" sei,[22] so trifft das nicht zu. Freundschaft kann an sich das Motiv zu den verschiedenartigsten Rechtsgeschäften bilden, und eben deshalb niemals die charakteristische causa eines besonderen Geschäftstypus darstellen.[23] Vor allem aber — dahingestellt, ob und für welche ältere Entwicklungsperiode das römische mandatum wirklich nur eine „electio amici" war[24] — wäre es Selbsttäuschung, von Freundesdienst zu reden auf dem Boden unseres geltenden Rechts, wo gerade in den praktisch wichtigsten Fällen der Bevollmächtigte seine Dienste in seinem Gewerbe anbietet (vgl. § 1004). Nur aus der oben dargelegten besonderen Natur der Dienstleistungen, die er übernimmt, erklärt sich die in besonderen Normen des Mandatsvertrages sichtbare Wechselwirkung von Vertrauen und Treue zwischen den Kontrahenten.[25]

Ist es nun richtig, daß nicht die „Gesinnung" bei Übernahme des Auftrages dem Rechtsverhältnisse sein Gepräge verleiht, so kann auf der anderen Seite auch das Entgelt, welches der Besteller verspricht, nicht anders gemeint sein, als bei anderen Arbeitsverträgen; es ist seiner Natur nach Arbeitslohn[26] da wie dort — eine unabweisbare Konsequenz vom Standpunkte einer Gesetzgebung, welche nicht mehr zwischen operae liberales und illiberales unterscheidet (§ 1163). Und wenn man sich hier zur Bezeichnung des Entgelts des Namens „Honorar" und ähnlicher gerne bedient, so drückt dies nicht aus, daß es sich um etwas anderes als Lohn, sondern wiederum nur, daß es sich um einen Lohn für Arbeiten besonderer Art handelt.[27]

---

[21] L 1 § 4 D. h. t., Cicero pro Rosc. Amer. 38, 39; vgl. unten S. 532.

[22] Brinz P. II S. 771 f., Dankwardt S. 97 f., Dernburg Pr. R. II S. 516 N. 2, Lenel Jahrb. f. d. Dogm. XIX S. 220 f.; so besonders die französische Jurisprudenz, siehe nur Troplong Nr. 153 ss. und 186, Guillouard p. 325 ss.

[23] Vgl. auch Jhering Zweck I S. 107 ff., Förster-Eccius II S. 348, Carlebach Actio mandati S. 10, Schloßmann II S. 30 N. 1.

[24] Vgl. Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II S. 662.

[25] So schon Röser a. a. O. S. 507 f. Es ist übrigens nicht ohne Interesse, daß auch Cicero an der oben (N. 21) angeführten Stelle das Moment der Stellvertretung hervorhebt: „quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur".

[26] S. unten S. 465 f.

[27] Wie denn auch mit dem Gesagten nicht im Widerspruche steht, daß die

Zusatz. Die Idee der **„Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation"**, welche in der gleichnamigen geistvollen Schrift Steinbachs[28] für eine neue Systematik der obligatorischen Verträge verwertet wird,[29] soll nach Steinbach (S. 6 f.) auch den Bevollmächtigungsvertrag beherrschen. Darnach wäre an der Spitze dieses Paragraphen, wenn anders die Obligationsverhältnisse nicht formaljuristisch, sondern nach ihren wirtschaftlichen Zwecken zu definieren sind, der Bevollmächtigungsvertrag geradezu als der Vertrag zu bezeichnen gewesen, dessen causa die wirtschaftliche Organisation durch „Ergänzung des Subjektes der Wirtschaft" (Steinbach, S. 2, S. 6 f.) bildet. Allein ich vermag, wie schon oben bemerkt ist (S. 460), dies Schlagwort nur mit bedeutendem Vorbehalte zu akzeptieren. — „Wirtschaftliche Organisation" kann verschiedenes heißen. Im weiteren Sinne ist jede Wirtschaft, die Einzelwirtschaft, wie das wirtschaftliche Leben der Gesamtheit, ein „Organismus". Es wird nicht zu bestreiten sein, daß unter diesem Gesichtspunkte alle Geschäfte des Wirtschaftsbetriebes Geschäfte „wirtschaftlicher Organisation" sind, so insbesondere jeder Arbeitsvertrag[30]: Der Lohnvertrag nicht nur des großen Unternehmers mit dem Heere seiner Arbeiter, sondern auch des einfachen Handwerkers mit seinem Gesellen. Gerade diese „Dienstverträge" aber sollen nach Steinbach (S. 87 f.) als „Güteraustauschverträge mit den Organisationsverträgen nichts gemein" haben; und in der Tat wäre die Aufstellung einer juristischen Kategorie, welche alle diese Rechtsgeschäfte umfaßte, zu weit, um von irgend einem Wert zu sein. — Anders, wenn man unter der „wirtschaftlichen Organisation" eine „Organisation" in prägnanterem Sinne denkt, das heißt die „Schaffung des wirtschaftenden Subjektes" (Steinbach, S. 2 f.). Damit ist ein Begriff von festerem Inhalt gewonnen. Solche Neuschöpfung kann aber, da ihr als Material nur die Einzelperson zur Verfügung steht, in nichts anderem bestehen, als der Vereinigung von Individuen zu einem wirtschaftlich selbständigen Verbande,

---

Gesetzgebung für Arbeitsverträge über „Dienste höherer Art" (§ 622 BGB.) besondere Normen erläßt, s. auch den österreichischen Entwurf eines Gesetzes über den „Dienstvertrag für Krankenpflege, Unterricht, Erziehung und andere höhere häusliche oder persönliche Dienstleistungen" und darüber Reißmann Gerichtshalle 27. Jahrg. Nr. 6 ff. — Zeillers Kommentar zu § 1004 allerdings fällt aus der Rolle, indem er das Honorar des Mandatars als „belohnende Schenkung" (§ 940) bezeichnet.

[28] Im Anschlusse an den Vortrag „Erwerb und Beruf" (1896).

[29] Der Grundriß des Obligationenrechts von Schuster-Bonnott hat den Gedanken aufgenommen, 4. Hauptstück: „Schuldverhältnisse organisatorischer Natur"; ebenso Dniestrzanski S. 297 f.

[30] S. statt aller die lichtvolle Darlegung der „Organisation der Volkswirtschaft" bei A. Wagner Grundl. der polit. Ökonomie I. Buch 5, insbesondere über die Arbeitsverträge als Rechtsgeschäfte der privatwirtschaftlichen Organisation S. 786; vgl. auch Stammler, Wirtschaft und Recht S. 136 ff. — Ähnlich hat auch Kohler Jahrbuch f. d. Dogm. XXV S. 122 darauf hingewiesen, daß für das ganze Gebiet der Rechtslehre „der einzelne lediglich das Organ eines großen Ganzen ist".

einer Vergesellschaftung, wenn auch nicht gerade in der strengen Bedeutung der Gierkeschen „Verbandpersönlichkeit", so doch der weiteren — von diesem wirtschaftlichen Standpunkte berechtigten[31] — Bedeutung der naturrechtlichen Gesellschaftslehre,[32] welche alle Formen von der societas des römischen Rechts bis zur voll entwickelten Korporation umfaßt. „Rechtsgeschäft der wirtschaftlichen Organisation" in diesem Sinne ist der „individualrechtliche" Gesellschaftsvertrag ebenso wie der „sozialrechtliche Konstitutivakt"[33] der Korporationsgründung. Und dies ist auch der Boden, auf dem der Steinbachsche Gedanken gedeihen kann. Nicht unbedenklich aber scheint es mir, gerade den Vertragstypus, der für Steinbach im Mittelpunkte seines Themas steht, unter demselben Gesichtspunkte zu betrachten, nämlich den „Beamtenvertrag" (S. 8 ff.). Der Rechtsakt, durch welchen ein Staat, eine Religionsgenossenschaft, eine Gemeinde sich ihre Verfassung geben, ist — wenn es überhaupt erlaubt wäre, hier von „Rechtsgeschäften" zu sprechen — „das Rechtsgeschäft der Organisation". Aber der konkrete Vertrag, durch welchen die bereits organisierte Gesamtpersönlichkeit sich einen Beamten bestellt, bedeutet, soweit das Verhältnis zu diesem Beamten in Frage kommt, einfach Begründung eines Dienstverhältnisses. Gewiß ist dies ein Dienstverhältnis besonderer Art und nicht unter die Schablone des privatrechtlichen Lohnvertrages zu pressen, aber ein Akt der Schaffung des Organismus kann dieser „Vertrag" schon deshalb nicht sein, weil er nicht geschlossen werden könnte, wenn dieser Organismus nicht schon vorher existierte. — Und ähnliches gilt vom privaten Mandatsvertrage. Wenn der Geschäftsherr einen Mandatar mit der Besorgung seiner Geschäfte betraut, entsteht kein neuer wirtschaftlicher Organismus; das Subjekt der Wirtschaft bleibt dasselbe,[34] das es war, ist doch das Charakteristische der Vertretung eben darin gelegen, daß der Auftraggeber „dominus negotii" bleibt. Deshalb ist das Mandat kein „Rechtsgeschäft der wirtschaftlichen Organisation", oder doch nur in dem eingangs erörterten weitesten Verstande, als eines der zahllosen und vielfach organisch verschlungenen Rechtsgeschäfte, durch welche der Geschäftsherr sich wirtschaftlich betätigt, nicht anders als der Mietvertrag, durch welchen er sich ein Lokal für seine Unternehmungen, oder der Kaufvertrag, durch welchen er sich den Rohstoff oder die Werkzeuge der Produktion verschafft, oder endlich der Dienstvertrag, durch welchen er sich die Arbeitskräfte des Handlungsgehilfen oder Taglöhners sichert.[35] Kurz,

---

[31] S. Gierke Genossenschaftstheorie S. 306 ff.

[32] Welche auch dem ABGB. § 26 zu Grunde liegt, vgl. Gierke Deutsches Privatrecht I S. 462 f.

[33] Gierke a. a. O. S. 486.

[34] Die „Ergänzung des Subjektes" (Steinbach S. 86 f.) besteht füglich nur darin, daß das Mandat „die helfende Tätigkeit (des Mandatars) dem Haupte der Einzelwirtschaft, dem Wirtschaftssubjekt verbindet" (Jhan S. 6).

[35] Eine arge Überspannung dieses Gedankens freilich ist es, wenn Fresc S. 21 aus dem Mandatar geradezu ein Vermögensobjekt macht.

das Mandat ist eine Art von „Arbeitsvertrag" (s. oben S. 459). Was dieses Verhältnis vor anderen auszeichnet ist nur, wie bereits angedeutet, die Eigenart des Werkzeugs,[36] mit dem der Besteller hier den Bestellten für seine Dienste ausstattet, der „Vollmacht" (bei direkter Vertretung) oder der „Ermächtigung" (bei indirekter),[37] ihn durch einseitiges Vorgehen rechtlich zu binden, wirksam in seinen Rechtskreis einzugreifen. Und das ist ein gefährliches Werkzeug. Es begreift sich, daß das Gesetz dasselbe unter seinen besonderen Schutz nimmt: Besonderer Vertrauensschutz und besondere Treuepflicht also wegen der juristischen Organisation, die der Bevollmächtigungsvertrag bezweckt. Nach alledem dürfte die „wirtschaftliche Organisation" doch nicht den spezifischen Wert für die Theorie der obligatorischen Verträge haben, welchen Steinbach ihr beimißt. In Wahrheit sind auch die einzelnen Rechtssätze, welche als Korrollarien des Zwecks der „Organisation" hingestellt werden, nicht von so symptomatischer Bedeutung: denn bei näherer Betrachtung zeigt sich einesteils, daß sie nicht dem Typus der Steinbachschen Organisationsgeschäfte eigentümlich sind, da sie auch bei anderen vorkommen, anderenteils, daß sie, auch soweit sie den zu diesem Typus gezählten Verhältnissen wirklich gemeinsam sind, nicht überall aus derselben Wurzel stammen. So vor allem die Treuepflicht. Die Amtspflicht des Staatsdieners ist in der Tat ihrem Wesen nach etwas anderes, als die einfache Obligatio zur Arbeit aus einer locatio conductio operarum, sie umfaßt nicht gemessene Leistungen, sondern die ganze Persönlichkeit nach Art der Vasallentreue.[38] Die „fides" des Mandatars hingegen ist nur der gesteigerte Ausdruck der Vertragstreue,[39] gesteigert, wie oben bemerkt, mit Rücksicht auf die Schneidigkeit der ihm anvertrauten Macht; daher die Sanktion, welche das Gesetz hier — wie auch sonst, wo anvertrautes Gut oder anvertraute Geschäfte[40] zu schützen sind — über Untreue verhängt. Ein Beweis dafür, daß das „Vertrauens- und Treueverhältnis" hier und dort nicht sozusagen aus demselben Stoffe gebildet ist, liegt darin, daß es hier und dort verschiedene Wirkungen zeitigt: Beim Mandat freie Widerruflichkeit und Kündbarkeit,[41] bei dem Beamtenverhältnis im Gegenteile dauernde Gebundenheit.[42] — Ich kann an dieser Stelle die weit ausgreifenden Gedankengänge Steinbachs nicht im einzelnen verfolgen; nur mit Rücksicht auf mein spezielles Thema seien noch gewisse Bedenken allgemeinerer Art angedeutet. Der für Steinbach grundlegende Gegensatz zwischen den

[36] Oben S. 435.

[37] Steinbach (S. 4) denkt nur an die direkte Stellvertretung.

[38] Laband Das Staatsrecht des deutschen Rechts I S. 408 ff., Steinbach Erwerb und Beruf S. 14 und 21.

[39] Wozu hier gerade die fortwährende Rücksicht auf das Interesse des dominus gehört; vgl. unten S. 531 f.

[40] Vgl. §§ 958 und 961: „anvertraute Sache", § 879 Z. 3: „anvertraute Streitsache", § 1309: „anvertraute Obsorge" (über Personen).

[41] Vgl. unten § 91.

[42] Vgl. Steinbach Erwerb und Beruf S. 22 f.

synallagmatischen Geschäften, insbesondere der Dienstmiete, des täglichen Verkehrs und den „Geschäften der Organisation" — dort die Befugnis „seinen Vorteil zu verfolgen, auch wenn dies auf Kosten des anderen Vertragsteiles geschieht", „invicem se circumscribere" (S. 15 f.), hier das „Verbot der Verfolgung des eigenen Vorteils" (S. 30, 106) — ist vorerst nicht scharf. Steinbach selbst weist ja darauf hin, daß die Gesetzgebung auch bei manchen Güteraustauschverträgen einen besonderen Vertrauensschutz eintreten läßt,[43] und daß sie auch dem Konkurrenzkampf im Geschäftsverkehre immer mehr Schranken zu ziehen bemüht ist.[44] Die Antithese ist aber, was noch wichtiger ist, auch schief, denn sie stellt zwei verschiedene Stadien der Rechtsverhältnisse einander entgegen, auf der einen Seite die Abschließung, auf der anderen die Erfüllung des Vertrages; das „circumvenire" betrifft erstere, die „fides" die letztere. Und damit verschwindet der ganze Gegensatz. Denn so lange es sich um die Eingehung des Verpflichtungsverhältnisses handelt, wird auch bei „Organisationsverträgen" tatsächlich und erlaubterweise jeder der Vertragsteile nach Kräften möglichst vorteilhafte Bedingungen für sich zu gewinnen trachten, so etwa bei Verhandlungen über einen Beamtenvertrag nicht anders wie bei dem Kauf einer Ware oder der Verdingung zu gewöhnlicher Arbeit; anderseits aber, ist der Handel einmal perfekt, so ist ein „circumvenire" bei der Erfüllung überall verpönt, die Leistung vielmehr, um mit dem deutschen BGB. zu sprechen, überall „so zu bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern" — bei den „Austauschgeschäften" nicht minder wie bei dem „Organisationsvertrage!" Alles dies gilt insbesondere für das Verhältnis des entgeltlichen Bevollmächtigungsvertrages zum Dienst- und Werkvertrag. — Im engsten Zusammenhange mit der besprochenen Auffassung steht die Behauptung (S. 101 f.), daß das Honorar, die Besoldung, welche im „Organisationsvertrag" bedungen wird, begrifflich ein anderes sei, als die „Lohnzahlung" bei der Dienstmiete. Auch hier darf, wie mich dünkt, nicht generalisiert werden. Was Steinbach (S. 13 f.) nach dem Vorgange von Laband ausführt, trifft für den öffentlichen Beamten wohl zu. Sein Gehalt ist nicht Arbeitslohn, sondern eine „Rente" zur „standesgemäßen Alimentierung."[45] Für den Bevollmächtigungsvertrag ist diese Vorstellung mindestens in der überwiegenden Zahl der Fälle, wo der Mandatar gar nicht in ständige Dienstbeziehungen zum Mandanten tritt, mit den Tatsachen im Widerspruch, in diesem Punkte also die Unterstellung unter den Typus des Beamtenvertrages nur irreführend. — Ein ähnlicher Einwand trifft auch die Auffassung von Löwenfeld,[46] welcher von der

[43] S. namentlich die bei Steinbach S. 35 ff. zusammengestellten Fälle von Strafdrohungen gegen „Untreue".

[44] Steinbach Erwerb und Beruf S. 2 ff.

[45] Ähnlich übrigens der „gemischte Lohn" bei Ihering Zweck I S. 200 ff.

[46] Löwenfeld Inästimabilität und Honorierung der artes liberales, in der Münchener Festgabe für Planck S. 380 f.

„Inästimabilität" der Dienste ausgehend zu der gleichen Anschauung gelangt, daß das „Honorar" oder „Salar" in solchen Fällen „lediglich Mittel zum Zweck der Berufsübung" sein könne. Davon kann wieder zum mindesten in jenen Fällen nicht die Rede sein, wo ein einzelner Auftrag honoriert wird, dessen Ausführung nicht zu den Berufsgeschäften des Mandatars gehört. Auch Petrazyckis Versuch endlich, die grundsätzliche Unentgeltlichkeit des Mandats mit der Honorierung desselben in Einklang zu bringen, scheint nicht gelungen. Das „Honorar" soll dem Empfänger „kein lucrum" sein, sondern nur „Beseitigung des dispendium", kein Lohn, sondern nur der im voraus taxierte „Ersatz des geopferten Arbeitseinkommens" (Lehre v. Einkommen II S. 369 f.).[47] Gerade für die praktisch entscheidenden Fälle des honorierten Mandats, nämlich die berufsmäßige Übernahme von Aufträgen (§ 1004), führt dieser Gedanke nicht zum Ziel. Worin besteht das Opfer eines solchen Mandatars an Zeit und Mühe, wenn er seine Dienste (ohne „Entgelt"!) dem Mandanten A widmet? Darin, daß er sonst seine Dienste als Mandatar dem B zu widmen vermöchte. Damit ist folgendes Dilemma gegeben: Entweder man läßt — konsequent — auch das, was B ihm für seine Geschäftsbesorgung böte, nicht als „Gegenleistung", als „Lohn" gelten, sondern nur als „Ersatz für entgangenes Einkommen" (welches der Mandatar sonst bei C gefunden hätte), dann ist man auf eine „ewige Schraube" geraten, nicht aber eine Erklärung des Honoraranspruches gegen A; oder man denkt bei jenem „Ersatz" an die dem Mandatar wie jedem arbeitsfähigen Menschen offenstehende Möglichkeit, sich auf irgend einem Wege durch Verwertung seiner Arbeitskraft einen Erwerb zu verschaffen. Dann hätte zuletzt jeder Arbeitslohn diese „Ersatznatur"[48] und die vermeintliche Scheidewand zwischen Arbeitslohn und Honorar fällt aus diesem Grunde zusammen.

§ 65.

Auf Grund der ermittelten causa des Bevollmächtigungsvertrages ist derselbe nunmehr noch nach einzelnen Richtungen abzugrenzen.

1. Auftrag und Befehl.

Die ältere Schule stellte dem Auftrag (i. w. S.), der erst durch die Annahme zum „mandatum" (Auftrag i. e. S.) wird,[1] formell entgegen den ohne weiteres verbindlichen „Befehl" an gewaltunterworfene

und Gutachten aus dem Anwaltstande S. 884 ff.

[47] Ähnlich Reatz Gutachten aus dem Anwaltstande S. 545 f.

[48] S. dagegen Lotmar a. a. O. I S. 135 f.

[1] So spricht Donell Comm. d. J. C. XIII 10 ausführlich darüber: „mandati obligationem duarum rerum conjunctione contrahi, mandato et mandati susceptione".

Personen.[2] Dabei dachte sie an den „jussus" gegenüber Sklaven und Hauskindern[3] und die „actio quod jussu" des klassischen Rechtes. Abgesehen von dem Irrtum, als erkläre sich die Wirkung dieses „jussus" aus der bindenden Kraft des „Befehles" des dominus oder pater familias gegenüber dem Sklaven oder filius familias[4] und nicht vielmehr aus der in demselben gelegenen Ermächtigung des Dritten[5] zur Einlassung mit dem der potestas Unterstehenden, zeigt diese Lehre auch hier die gewohnte Unklarheit: Die Frage, ob es einer Annahme von Seite des Beauftragten bedarf oder dem „Befehle" willfahrt werden muß, gilt dem „Auftrag", die Frage nach der Rechtswirkung des römischen „jussus" der „Vollmacht". Das Wesentliche der actio quod jussu aber war, daß sie einen Ausnahmsfall direkter Vertretungswirkung gegenüber dem dominus schuf. Eben deshalb ist diese Seite des Verhältnisses heute, da unmittelbare Stellvertretung überall eintreten kann, ohne besonderes Interesse.

Von einigem Belang bleibt nur die andere Seite, d. i. die Verpflichtung zur Geschäftsführung auf Grund nicht eines freiwillig übernommenen Auftrags, sondern der aus einem persönlichen Subordinationsverhältnisse entspringenden Gehorsamspflicht. Als solche kann in Betracht kommen:

a) Eine allgemeine staatsbürgerliche Pflicht, auf Anordnung der berufenen Behörde eine Geschäftsbesorgung zu übernehmen;[6] das führt jedenfalls nicht zu einem Bevollmächtigungsvertrage, sondern höchstens im Sinne des § 1034 zu einer „gerichtlichen (oder sonst behördlichen) Bevollmächtigung".[7]

---

[2] S. Höpiner Kommentar über die Heinecc. Institut. § 919, Tiller a. a. O. II S. 453, Glück XIV S. 424, Buchner S. 23, Thibaut System II S. 278, Sintenis II S. 561, Koch III S. 520, Troplong Nr. 41.

[3] Weniger, was vielleicht passender gewesen wäre, an die vom Freigelassenen dem Patron auf dessen „indictio" zu leistenden operae; vgl. Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II S. 144 ff.

[4] Womit natürlich nicht geleugnet sein soll, daß „jubere" auch in den Quellen nicht selten diese gewöhnliche Bedeutung des „Befehlens" hat, vgl. Drechsler D. actio quod jussu S. 6 ff., Sokolowski Die Mandatsbürgschaft S. 10 f.

[5] S gegen die früher herrschende Auffassung Vangerow Pand. I S. 446 ff., Buchka Lehre von der Stellvertretung S. 33 f., Troplong Nr. 41) Schmid Archiv für die ziv. Praxis XXIX S. 111 ff., Pernice Labeo I S. 505 f., Drechsler Actio quod jussu S. 8 ff., 31 ff. und 53 ff., Thur Actio de in rem verso S. 204 f., Sokolowski a. a. O. S. 14 ff. Auch die Rolle, welche der „jussus" bei der Anweisung spielt (vgl. unten § 67), bestätigt diese Anschauung, vgl. Salpius Novat. und Deleg. S. 48 ff., Wendt Das allg. Anweisungsrecht S. 24 ff.

[6] So die Verpflichtung zur Übernahme der Vormundschaft (§ 203).

[7] „Eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die durch einseitige Ver-

b) Eine Amtspflicht gegenüber den Anordnungen des dienstlichen Vorgesetzten. Daß hier überall nicht von einem privatrechtlichen Mandatsvertrage die Rede sein kann, sondern nur von einem öffentlichrechtlichen Verhältnisse,[8] bedarf keiner weiteren Ausführung. Was nun aber

c) privatrechtliche Abhängigkeitsverhältnisse betrifft, so kommen für das geltende (österreichische) Recht Gewalten des Statusrechts in dieser Richtung nicht in Frage. Nicht die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt, denn der „Gehorsam", die „Folgsamkeit", welche Kind und Mündel dem Vater und Vormund schulden (§§ 144, 217), ist lediglich die Kehrseite des Erziehungsrechtes[9] der Eltern und Tutoren, nicht aber eine Verpflichtung, für diese irgend welche Geschäfte zu besorgen.[10] Auch nicht die häusliche Gewalt des Ehemannes;[11] denn, daß die Verbindlichkeit der Frau zu „Beistand in Haushalt und Erwerb" und zur „Befolgung der vom Manne getroffenen Maßregeln" (§ 92) nicht formelle Unterordnung unter eine Befehlsgewalt bedeutet, ergibt sich schon daraus, daß dem Manne nicht ein unbedingter Anspruch,[12] sondern nur die „vorzügliche" Stimme (§ 91) in der im übrigen „dyarchischen" Leitung[13] des Hauswesens zugesprochen ist. Wenn also tatsächlich Kinder oder die Ehefrau Geschäftsführungsaufträge übernehmen, so fällt dies unter den Gesichtspunkt des regelrechten Bevollmächtigungsvertrages.[14]

---

fügung einer Behörde in Kraft gesetzt wird": Lotmar a. a. O. S. 34; vgl. Schreiber Der Arbeitsvertrag S. 4.

[8] Vgl. Zeiller III S. 315 f. Slg. 7453: „Unterordnung, nicht ein nach dem ABGB. zu beurteilendes Vertragsverhältnis". Ulbrich Lehrb. des öster. Verwaltungsrechts S. 266: „privatrechtliche Bestellung eines Beamten mit ausschließlich obrigkeitlichen Funktionen würde dem Wesen des modernen Staates widersprechen". S. auch die VGHE. bei Budwinski V 1172 und I 81, welche das Amtsverhältnis vom privatrechtlichen Auftrag richtig unterscheiden, aber vielleicht nicht genügend betonen, daß es sich nur um analoge Anwendung einzelner Normen des ABGB. handeln kann.

[9] Vgl. nur Zeiller I S. 318 zu § 139: „Das Rechtsverhältnis zwischen Kindern und Eltern beginnt mit den Rechten der Kinder, daraus entspringen Pflichten der Eltern, zu deren Erfüllung ihnen Rechte gebühren, denen wieder Pflichten von seiten der Kinder zuiagen": Pfaff Verhandl. des XIX. deutschen Juristentags II S. 187 f.

[10] Siehe über den grundsätzlichen Gegensatz zwischen dem Standpunkte des österreichischen und des preußischen Rechts in dieser Beziehung Lehmann Jahrb. f. d. Dogm. XXV S. 163 f. und 187 f., auch Zeiller Das natürliche Privatrecht S. 209 f. vgl. Krainz II S. 467 N. 1.

[11] Inwiefern für das deutsche bürgl. Recht — §§ 1356 und 1617 BGB. — ein anderes zu sagen ist, kann hier nicht erörtert werden.

[12] Daher wohl auch nur Austragung im außerstreitigen Verfahren zulässig: vgl. Zeiller I S. 255 f.

[13] Dolliner Handb. des in Österreich geltenden Eherechts II S. 251 f., Zeiller I S. 250.

[14] Ein anderes ist, daß mit Rücksicht auf das persönliche Verhältnis der Hausgemeinschaft und die moralische Pflicht hier leicht auf eine stillschweigende

Als Grundlage privatrechtlicher Gehorsamspflicht erübrigen somit nur gewisse dauernde Vertragsverhältnisse, welche zur Ausführung der Weisungen (Befehle) des Bestellers verpflichten, so das Verhältnis des sogenannten Privatbeamten, des Gesindes oder wohl auch eines durch einen allgemeinen „Bevollmächtigungsvertrag" angestellten Verwalters.[15] Allein, es ist nicht der „Befehl", welcher in solchem Falle die gegenseitige Geschäftsführungsobligation erzeugt. Der einzelne Befehl ist nicht etwa erst die Einleitung zu einem Bevollmächtigungs-(Mandats-)vertrage,[16] der sich von anderen seinesgleichen nur dadurch unterschiede, daß für den Beauftragten die Pflicht zur Annahme des Auftrags, Kontrahierungszwang[17] bestünde; müßte doch sonst immer erst diese Annahme bewiesen oder im Wege richterlicher Vollstreckung suppliert werden.

Ebensowenig aber schafft der Befehl als solcher, der einseitige Willensakt des Herrn, das Obligationsverhältnis, so daß man es mit einem Gegenstück der „richterlichen Bevollmächtigung" des § 1034 zu tun hätte; sondern die causa der Geschäftsführungspflicht ist und bleibt das zwischen den Beteiligten bestehende Dienstverhältnis[18] des Lohnvertrages oder Arbeitsvertrages in seinen verschiedenen Gestaltungen, und der konkrete Auftrag oder Befehl nur die maßgebende Instruktion für die kraft jenes Vertrages zu leistende Arbeit.[19] Die entgegengesetzte Auffassung würde das ganze Dienstverhältnis gleichsam in eine Kette von einzelnen Aufträgen auflösen[20] und den Arbeitsvertrag als solchen diesen gegenüber naturwidrig auf die Stufe einer Art von Vorvertrag herabdrücken.

In einer anderen Richtung allerdings kann der „Befehl" auch hier selbständige Bedeutung erlangen,[21] insoferne er nämlich unter

Annahme des Auftrages (vgl. Troplong Nr. 42) und nicht leicht auf stillschweigende Vereinbarung eines Entgelts wird geschlossen werden können: vgl. Slg. 4179 und 9501.

[15] Daran denkt wohl Zeiller III S. 270, wenn er als Beispiel von „Befehlen" § 1027 zitiert. Vgl. auch L. 6 § 6 D. h. t.: „si dominus jusserit procuratorem suum . . ."

[16] Vgl. auch Lenel Jahrb. f. d. Dogm. XLIV S. 35 f., Zitelmann Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 49 f.

[17] Oder doch Erklärungspflicht im Sinne § 1003.

[18] Vgl. Slg. 8245.

[19] Vgl. Brinz II S. 771, Lotmar a. a. O. S. 93 ff.

[20] Dies gegen Drechsler a. a. O. S. 40 f., aber auch gegen den Grundgedanken Isays (s. oben § 64 N. 10). Unrichtig aber wohl auch für das preußische Recht in dieser Allgemeinheit Förster-Eccius II S. 357 f.: „Daß der Machthaber das Recht hat, dem Beauftragten die Ausführung des Geschäfts zu befehlen, ändert die Natur des Vertrages nicht".

[21] Über die Bedeutung des privatrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses, „vermöge dessen den Weisungen des anderen Folge zu leisten" ist (§ 855

Umständen zugleich eine Vollmachtserklärung darstellt,[22] welche den Bediensteten in die Lage versetzt, das bestimmte Geschäft mit unmittelbarer Vertretungswirkung für den Herrn zu besorgen. Als Rechtsgrund einer Geschäftsführungsobligation kommt der „Befehl" auch da nicht in Betracht, mag auch dem ABGB., vermöge der Identifizierung von Auftrag und Vollmacht, in solchen Fällen eine Kombination von Lohnvertrag und Mandat vorschweben (§ 1159).[23]

Ebensowenig endlich zur Mandatsobligation wie zur Stellvertretung — und deshalb nicht in den Bereich dieser Darstellung — gehört die Frage nach der Verantwortlichkeit einerseits des Vorgesetzten für die Erteilung, anderseits des Untergebenen für die Befolgung eines rechtswidrigen Befehles, welche die ältere Theorie gleichfalls an die Lehre vom „jussus" anzugliedern pflegte,[24] und das ABGB. an der einzigen Stelle, wo es den Ausdruck „Befehl" gebraucht (§ 1301), im Auge hat.[25]

§ 66.

2. Auftrag, Rat, Empfehlung.

§ 1300. — Buchner §§ 36, 37. — Gesterding Alte u. neue Irrtümer (1817) S. 197 ff.: Neufretel Üb. d. Verbindlichkeit d. Ratgebers u. d. mand. in gratiam mandatarii, Arch. f. d. ziv. Prax. II S. 39 ff. (1819): Hepp Üb. d. rechtl. Wirkungen d. Rats u. d. Empfehlung, ebdaj. XI S. 42 ff. (1828): Tewes Üb. d. Haftverbindlichkeit aus erteiltem Rat und aus der Empfehlung einer Person, ebendaj. LI S. 35 ff. (1868): Stammler ebendaj. LXIX. S. 1 ff. (1868): Jacoby Die Kreditkündigung (1891): Sokolowski Die Mandatsbürgschaft (1891): C. Förster Der Kreditauftrag (1903): Witzleben Außerkontraktl. Haftung f. bloße Erteilung einer Auskunft oder eines Rates (Dissert. 1898). — Holzschuher III § 275: Bangerow III § 659: Windscheid-Kipp II § 412 N. 21: Staub Komment. Ekk. z. § 349 (1900) (abgedruckt in Gell. ZBl. XIX S. 278 ff.): Staub-Pisko II S. 48 ff.

a) Die causa der Mandatsobligation ist Besorgung eines fremden Geschäfts, d. i. Besorgung für Rechnung des Auftrag-

BGB.), für die Besitzfrage s. Lenel Jahrb. f. d. Dogm. XXXVI S. 92, Lotmar a. a. O. S. 97.

[22] Daß das PrLR. I 13 §§ 224 ff. hauptsächlich an diese Seite des Verhältnisses denkt, zeigen §§ 225 und 226 daselbst. Auch Cod. Ther. III 15 Nr. 2 setzte „Befehl" und „Vollmacht" einander gleich.

[23] Darüber noch unten § 69 Z. 6.

[24] S. PrLR. l. c. § 227, Buchner S. 50, Thibaut System II S. 278. — Vgl. unten § 70 Z. 1.

[25] „Rat" und „Befehl", welche nebeneinander in die Lehre vom Mandatsvertrage gestellt zu werden pflegten, s. besonders PrLR. l. c. §§ 210 ff., §§ 224 ff., sind auch im ABGB., welches gerade für ersteren das preußische Gesetz zum Vorbild nahm (Ofner II S. 187, Pfaff Grünhuts Ztschr. II S. 293 N. 71), Nachbarn geblieben, aber nur unter dem Gesichtspunkt der Haftung für Verschulden: §§ 1300 und 1301.

gebers.[1] Wo daher Nutzen oder Kosten der Geschäftsführung den Beauftragten zu treffen haben, liegt kein Bevollmächtigungsvertrag im Sinne § 1002 vor.[2]

Welches weitere Interesse der Mandant daran haben mag, sich dieser Geschäftsführung zu versichern, verschlägt nichts; darauf aber zielt die Schuleinteilung „mandatum mea tantum — aliena tantum — mea et aliena — mea et tua — tua et aliena — tua tantum gratia".[3] Den römischen Juristen mag es in älterer Zeit zu denken gegeben haben, ob da auch ein altruistisches Interesse des Mandanten genüge; für die moderne Auffassung ist dies selbstverständlich.[4] Und da es im Einzelfalle nicht erst eines Beweises bedarf, daß der Mandant irgend ein Interesse, sei es materieller, sei es idealer Art wirklich hat, wenn er den Auftrag zum Zweck der Obligierung des Beauftragten gibt,[5] so stehen sich alle jene Spielarten des Mandats gleich,[6] oder richtiger, jene sechsgliedrige Einteilung reduziert sich auf eine viergliedrige; denn jedes wirklich vorkommende mandatum „aliena" oder „tua" gratia ist zugleich mandatum „mea gratia". Was aber insbesondere

[1] Vgl. oben S. 456 und 459.

[2] Vgl. die VGHE. Budwinski II Nr. 271: „Die Annahme, daß es sich im gegebenen Falle um einen Bevollmächtigungsvertrag (§ 1002) handle, ist schon darum unstatthaft, weil der Verleger die ihm übertragene Besorgung des Druckes und Verlages nicht im Namen, d. i. für Rechnung der Regierung zu vollziehen hatte, sondern für eigene Rechnung vollzog"; auch das Erk. ebendaselbst V Nr. 1166.

[3] „Mea — tua gratia" ist nicht identisch mit „meum — tuum negotium", wie, nicht zur Förderung der Klarheit, zumeist in den weitschichtigen Streitschriften der gemeinrechtlichen Literatur (vgl. unten N. 7) angenommen wird, vgl. z. B. Gruchot XIV S. 332, Dankwardt S. 80 f., Tewes S. 36 f., neuestens Förster S. 71 ff. und 96 ff., auch D. Mot. II S. 527, bair. Entw. Art. 686, sächs. GB. § 1300; der Gegensatz betrifft nur die Frage, welches weitere Interesse bei dem Mandat im Spiel sein mag (vgl. L. 6 § 5 D. h. t.: „quod tua intererat"), das jedenfalls negotium mandantis ist. S. auch Isay S. 48 f.

[4] Daß dies eine andere Frage ist als die nach dem Vermögenswert des im Obligationsverhältnis geschuldeten Leistung, kann ich hier nicht näher ausführen; s. darüber Hellwig Archiv für die ziv. Praxis LXXXVI S. 223 ff.; speziell für das Mandat Pernice Labeo III S. 185 f.

[5] Vgl. Brinz II S. 775.

[6] Die alte Einteilung der L. 2 pr. D. h. t. und pr. J. h. t., welche noch im sächs. GB. § 1300 und im Zürich. GB. § 1160 wiederkehrt, war auch im Cod. Ther. III 15 Nr. 18 ff. aufgenommen, im Entw. Horten III 16 §§ 7 f. war daran die Norm für „Anempfehlung oder Rat" angeschlossen, in Martinis Entw. III 4 § 2 und im WgalGB. III § 103 ist davon, sowie im PrLR. I 15 §§ 217 ff., nur mehr letztere stehen geblieben, welche dann im ABGB. (§ 1300) — systematisch richtiger (vgl. Ofner II S. 45) vom Bevollmächtigungsvertrag ganz losgelöst erscheint; anders wieder das deutsche BGB., vgl. Planck II S. 424.

b) das sogenannte mandatum tua gratia betrifft, so muß unterschieden werden.[7]

α) Ein mandatum tua tantum gratia im vollen Sinne des Wortes, d. h. ein verpflichtender Auftrag, an dessen Erfüllung der Auftraggeber gar kein, sei es auch nur ideelles, Interesse hätte, wäre, wie schon angedeutet, ein Widersinn.[8] In solchem Falle kann kein wahrer Auftrag vorliegen, sondern nur eine Ermächtigung.[9] Aber es ist

β) nicht ausgeschlossen, daß der Auftrag zu einer Besorgung auch einmal im eigenen Interesse des Beauftragten — „tua gratia" — und doch mit der ernstlichen Absicht gegeben wird, denselben zur Ausführung zu verpflichten. Damit ist schon (oben ad a) gesagt, daß eben irgend ein Interesse auch des Auftraggebers im Spiel sein muß, in Wahrheit also „mandatum tua et mea gratia", gegen dessen Gültigkeit begrifflich nichts einzuwenden ist — wenn anders die Befolgung des Auftrags für Rechnung des Auftraggebers geschehen, also sein Geschäft besorgt werden soll.[10] Das aber ist der entscheidende Punkt.

Soll die Ausführung gleichsam nur einseitig auf Rechnung des Mandanten gehen, so daß dieser die Kosten zu tragen, der (materielle) Nutzen aber dem Mandatar zuzufließen hätte, so wäre die wahre causa nicht mehr die des Mandats,[11] sondern eine andere, zumeist wohl causa donandi, der Vertrag also nicht Bevollmächtigungsvertrag, sondern Schenkung,[12] und zwar eine Art donatio sub

[7] Auf die „unsterbliche und doch gewiß kleinliche Kontroverse" Stammler S. 68) der gemeinrechtlichen Theorie über das Verhältnis von mandatum und Rat näher einzugehen, ist an dieser Stelle wohl überflüssig. Zu den Quellen der herrschenden Unklarheit (vgl. auch oben N. 3) gehört insbesondere die Meinung, „Rat" und „mandatum tua gratia" müßten entweder schlechthin identisch sein oder begrifflich überall verschieden — s. nur Tewes S. 39 f. und die dort angeführten Schriftsteller, aber auch von neueren Jacoby S. 51 f., Sokolowski S. 41, Förster S. 8 N. 1, und dagegen Stammler S. 68 f., auch Krüger Krit. Vierteljahrschr. XXXIV S. 537 — ferner aber die Vorstellung, als ob actio mandati contraria ohne actio directa möglich wäre, vgl. unten § 85.

[8] „Supervacuum": L. 2 pr. cit. Der Satz erinnert an das „depositum rei suae consistere non potest" der L. 45 pr. D. de R. J.: vgl. auch Carlebach a. a. O. S. 3.

[9] Vgl. oben § 61 zu a, β.

[10] Beispielsweise der Auftrag des Schuldners an seinen Gläubiger, Waren des ersteren zu verkaufen, um den Kaufpreis auf die Schuld zu verrechnen, vgl. den Fall der Slg. 1312, Guillouard p. 344, Förster-Eccius II S. 352 N. 25, oder die „Deckung" im Sinne von Tuhr S. 103 f.

[11] Bedenklich daher das Beispiel eines mand. tua et mea gratia bei Glück XV S. 249.

[12] So mit Recht Slg. 15123. Vgl. auch Sintenis II S. 565.

modo vermöge der dem Empfänger auferlegten Pflicht, das zur Realisierung des Schenkungszweckes Nötige zu tun.[13]

Sollte aber vollends die aufgetragene Geschäftsführung in jeder Beziehung — aktiv und passiv — auf Rechnung des Beauftragten gehen, dann hieße das sich verpflichten, nicht „alienum negotium" zu gerieren, sondern sein eigenes Geschäft zu besorgen. Das aber kann nicht bloß begrifflich nicht Gegenstand eines Mandatsvertrages sein, sondern überhaupt kann eine solche Selbstfesselung oder Entmündigung in eigenen Angelegenheiten nicht als causa einer Rechtspflicht gegenüber einem anderen anerkannt werden.[14] Hier also hört das Gebiet des rechtsverbindlichen Auftrags auf; und so verstanden ist es richtig, daß das sogenannte mandatum tua tantum gratia vielmehr einen unverbindlichen Rat darstellt.[15]

Wenn dem aber so ist, so kann hier wie überall, wo die causa des Bevollmächtigungsvertrages fehlt, nicht nur von einer actio mandati directa gegen den Beauftragten, sondern auch von einer actio mandati contraria des letzteren keine Rede sein.[16] Ein etwaiger Anspruch gegen den Auftrag- oder Ratgeber kann nach Rechtsgrund und Inhalt jedenfalls nicht Mandatsanspruch sein.

γ) Das also ist das Wesen des „Rates", daß er dem Empfänger ein bestimmtes Verhalten für seine eigene Rechnung, die Besorgung nicht eines fremden, sondern eines eigenen Geschäftes[17]

---

[13] Also nicht ein „Auftrag" im Sinne § 1002 zu Gunsten des Beauftragten, sondern eine Zuwendung unter einem „Auftrag" im Sinne § 709. Die daraus sich ergebende Konsequenz, daß bei Nichtbefolgung des Auftrages die Zuwendung rückgängig wird, dürfte auch praktisch besser entsprechen, als der unbedingte Zwang zur Erfüllung zum eigenen Wohle des Empfängers; vgl. das im Text folgende.

[14] Vgl. die vorige Note.

[15] Dies dürfte der Kern der L. 2, pr. § 6 D. h. t. sein; also nicht bloß, weil in solchen Fällen allerdings meist auch die obligatorische Absicht der Parteien fehlt, das mand. tua gratia daher nur unverbindlich als Rat gemeint ist („Lobworte sind keine Bindeworte": Cod. Ther. III 15 Nr. 5), erzeugt es keine Haftung, sondern weil die Gebundenheit in eigener Sache, selbst wenn beabsichtigt, nicht gelten kann, entspringt aus dem m. tua tantum gratia „nulla obligatio" und bleibt ihm nur die Bedeutung eines Rates, „magis consilium est". Das scheint mir auch Stammler (S. 69) zu verkennen.

[16] Richtig Stammler S. 119. Für die römische Jurisprudenz bot allerdings einen Ausweg aus der Strenge des Aktionensystems vielfach nur eine Ausdehnung der actio mandati contraria „extra mandati formam" (L. 48 § 2 D. h. t.); daß dies ein Notbehelf war, zeigt namentlich die Darstellung des § 6 J. h. t. 3, 26. Vgl. auch Sokolowski S. 9, Jacoby S. 59 f., Tuhr a. a. O. S. 65 N. 97, Förster S. 87 f.

[17] Dies ist das entscheidende, nicht die Parteiabsicht (wie etwa Neustetel S. 39, auch Guillouard p. 339 s. u. A., s. auch oben N. 15); das haben schon Buchner S. 25, Tewes S. 36 f.

ansinnt — das Gegenteil der causa des Mandats. Deshalb will der Rat als solcher — oder, wie sich oben gezeigt hat, kann er, selbst bei weitergehender Parteiabsicht, weder den, dem er erteilt wird, zur Befolgung, noch den, der ihn gibt, zur Abnahme der Folgen obligieren: er ist weder „Auftrag" noch „Ermächtigung"[18] zur Geschäftsbesorgung. Er kommt an und für sich in Betracht nur als ein tatsächliches Moment in der Kette der Ursachen, welche das Handeln des Beratenen bestimmen, und, falls der Erfolg zu dessen Schaden gereicht, möglicherweise als ein Element eines Tatbestandes, der eine Haftung des Ratgebers aus Verschulden begründet. Eine Diligenzpflicht bei Erteilung von Ratschlägen aber besteht teils auf Grund allgemeiner Rechtsnorm, teils auf Grund konkreter Vertrags- oder Amtspflicht, und Rechtsgrund des Entschädigungsanspruchs ist daher je nachdem das Delikt oder das betreffende Vertrags- oder Amtsverhältnis.[19] Für beide Fälle ist die Haftung im Gesetze (§ 1300) in eigentümlicher Weise geregelt.

Ex delicto wird für die Erteilung eines schlechten Rates gehaftet nur im Falle des dolus.[20]

Ex contractu[21] erstreckt sich die Haftung weiter — auf omnis culpa nach der allgemeinen Norm des § 1295 — nur, wenn

und 41 betont, vgl. auch Gesterding S. 198 und 205.

[18] In dem oben S. 436 dargelegten Sinne.

[19] Vgl. deutsches BGB. § 676: „Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des . . . Schadens nicht verpflichtet". Dazu Mauczka Der Rechtsgrund des Schadenersatzes S. 214, Zitelmann Ausschluß der Widerrechtlichkeit S. 95 ff.

[20] So schon das römische Recht: L. 47 pr. D. de R. J. (die Kontroverse über die Gleichstellung von culpa lata und dolus. s. dagegen nur Ihering Jahrb. IV S. 12 f., Witzleben S. 15 ff., hat im Bereiche des ABGB. gar keinen Boden, vgl. Slg. N. F. 2838 — obgleich Scheidlein Mißzell. Heft 4 S. 34 die Behauptung aufgestellt hat, daß auch bei der Erteilung eines Rates culpa lata dem dolus gleichgestellt werden müsse); dort aber der allgemeinen Regel entsprechend, ist im österr. Rechte die Beschränkung der Deliktshaftung auf dolus — gegenüber § 1295 — eine Singularität, vgl. Pfaff Gutachten zur Lehre vom Schadenersatz S. 65, Schuster S. 32; ebenso aber § 301 EO. Dasselbe ergibt praktisch § 676 deutsch. BGB., da nicht die Deliktshaftung nach § 823, sondern fast nur die nach § 826 BGB. in Betracht kommt, vgl. Planck II S. 424, Staub S. 1079, Oertmann Komm. S. 410 f.

[21] Der Gegensatz ist in § 1300 zwar nicht so gefaßt, aber da das Gesetz die weitergehende Haftung nur bei entgeltlicher Erteilung des Rates eintreten läßt, so kann eben hier nur vertragsmäßige in Betracht kommen, vgl. auch Pfaff a. a. O. S. 67; doch ist dieser Vertrag eben nicht „Bevollmächtigungsvertrag", sondern regelmäßiger Lohnvertrag, vgl. Pistor Bericht betr. die Regelung des Auskunftswesens für die Handels- und Gewerbekammer in Wien (1901) S. 30 (anders

der Rat 1. berufsmäßig[22] und 2. entgeltlich erteilt wird. In allen anderen Fällen reicht auch die vertragsmäßige Verantwortlichkeit nicht über die wissentliche Schädigung des Ratsuchenden hinaus.[23]

δ) Verschieden vom mandatum tua gratia sowie vom Rat als solchen ist die vertragsmäßige Übernahme der Haftung für die Folgen der von einem anderen in eigener Sache zu unternehmenden Schritte. Zweifellos rechtsgiltig,[24] ist dieser Vertrag jedoch kein Bevollmächtigungsvertrag. Seine causa ist nicht Besorgung eines fremden Geschäfts für Rechnung des anderen, sondern eines eigenen Geschäfts auf Gefahr des anderen.[25] Er gehört daher zu einem anderen Vertragstypus, dem des „Garantievertrages".[26] Durch

---

für das gemeine Recht Jacoby S. 97 f. und 103 f., s. dagegen Tewes S. 50), ebenso für das deutsche BGB. Staub S. 1079 f.

[22] So ist die „sachverständige" Raterteilung im § 1300 zu verstehen, siehe Zeiller, Nippel, Stubenrauch zu § 1300, Pfaff a. a. O. S. 66 N. 199. — Gegen die Anlegung eines strengeren Maßstabes bei Konsultationen von Sachverständigen wendet sich Troplong Nr. 16 ss. — Zur Rechtfertigung siehe die treffende Bemerkung bei Merkel Jurist. Enzyklopädie § 667.

[23] Angesichts des Textes des § 1300 scheint mir die Anschauung von Zeiller III S. 720 f., Pfaff a. a. O. S. 67 und Staub-Pisko II S. 50, mag dieselbe auch bei den Beratungen angeklungen haben (Ofner II S. 187), ausgeschlossen, wonach überall, wenn ein Rat auf Grund eines Vertragsverhältnisses erteilt wird, die strengere Haftung einzutreten hätte, ohne Rücksicht auf das Erfordernis der Entgeltlichkeit (s. dagegen Stubenrauch § 1300 N. 2, Slg. III 924). Gewiß kann solche Haftung vertragsmäßig übernommen werden (siehe den Text zu δ), der zweite Satz des § 1300 ist nicht zwingendes Recht (ebenso ist klar, daß Amtspflichten zu voller Diligenz bei Auskunfts- oder Raterteilung bestehen, s. Krainz II S. 339); aber im Sinne des § 1300 (vgl. übrigens auch § 915) darf auf eine stillschweigende Garantie dieser Art nur bei berufsmäßig entgeltlicher Dienstleistung geschlossen werden. Die allgemeine strengere Haftung von Sachverständigen auch bei unentgeltlicher Beratung, wie sie PrLR. I 13 § 219 im Anschluß an die ältere Praxis (siehe z. B. Leyser Med. ad Pand. spec. 181 § III) und nach diesem Muster Zeillers erster Entwurf (Ofner II S. 44) statuiert hatte, wurde eben im ABGB. nicht aufgenommen. — Gegen die unhaltbare Unterscheidung von Nippel VIII S. 105 f. Stubenrauch a. a. O. — Auf ein ähnliches Ergebnis dürfte auch die praktische Anwendung des § 676 BGB. hinauskommen, vgl. Planck II S. 424, siehe auch Dernburg P. II S. 319 N. 8 sowie DRG. XXVII S. 118 f. und die GZ. 1899 Nr 21 angeführte DRGE.

[24] Diesbezügliche Zweifel der älteren Theorie bestehen wohl nicht mehr, siehe darüber Stammler S. 3 N. 4, Jacoby S. 90 N. 1. — Ob „Rat" oder „Garantie" ist Auslegungsfrage, vgl. den von Geller ZBl. Jahrg. 1904 S. 529 ff. besprochenen Fall.

[25] „Ut tibi negotium geras . . . periculum dumtaxat ad me pertineat, jam extra mandati formam est": L. 48 § 2 D. h. t.; vgl. auch Cod. Ther. III 15 Nr. 9, Neustetel S. 50, Tuhr a. a. O. S. 20 N. 3.

[26] Stammler S. 42: „ein selbständiger und vollständiger juristischer Tatbestand"; vgl. Unger Handeln auf fremde Gefahr S. 3 ff., Schloßmann a. a. O. I S. 302, Förster S. 117 ff. und 152 ff. Ein beachtenswerter Versuch einer

das Hinzukommen einer solchen Garantie kann also auch der „Rat" für den Ratgeber verbindlich, nicht aber deshalb zum Mandat werden.[27]

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich der Maßstab für die Beurteilung

c) der „Empfehlung"[28] einer Person. Zumeist, wenn auch nicht ausschließlich, gilt dieselbe der Kreditgewährung im Geschäftsverkehr mit dieser Person. Als solche kann sie

α) bezwecken, den Adressaten zur Kreditgewährung an dem Empfohlenen auf Rechnung des Empfehlenden zu verpflichten, so die in dem sogenannten Kreditbrief[29] oder Akkreditiv enthaltene Empfehlung — eine Anweisung, welche, ausdrücklich oder stillschweigend akzeptiert, einen wahren Bevollmächtigungsvertrag (mandatum mea et aliena gratia) zu begründen vermag.[30] Oder sie will

β) dem Adressaten auferlegen, daß er dem Empfohlenen auf eigene Rechnung kreditiere, jedoch zugleich die Übernahme der Haftung für den etwaigen Schaden ausdrücken — Kreditauftrag[31] in dem üblichen technischen Sinne, somit, wie oben dargelegt, nicht Mandat sondern Garantievertrag, weil die Befolgung des Auftrags nicht auf Rechnung, sondern nur auf die Gefahr des Empfehlenden geht.[32] Sie kann aber

γ) endlich den Adressaten gar nicht binden sollen, sondern bloß eine Mitteilung bedeuten, auf Grund deren der Adressat nach freiem Entschlusse die Geschäftsverbindung mit dem „Angefragten" eingehen oder vermeiden mag — ein bloßer Rat in dem oben gekennzeichneten

---

historischen Erklärung des Zusammenhanges zwischen Mandat und Garantievertrag bei Dankwardt S. 82 f. und 106.

[27] Daß die Römer sich des Mittels der actio mandati bedienten, ändert daran nichts; s. oben N. 16.

[28] Über das Verhältnis von Rat und Empfehlung siehe Sokolowski S. 59. — Nicht hieher gehört die Irreführung durch falsche Auskünfte bei Abschließung eines Vertrages (so die Fälle Slg. N. F. 332 und 688), wo allerdings (mindestens) für culpa in contrahendo zu haften ist (vgl. Pfaff a. a. O. S. 64 f.). Beides vermengt die Entsch. Slg. N. F. 378, während es gut auseinandergehalten ist, Slg. N. F. 924.

[29] Vgl. Nachod Conrads Jahrb. III. Folge XXVII S. 825 ff., Cohn in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts III S. 1124 f., schweiz. O. R. Art. 415; Förster S. 162 f.

[30] Darüber unten § 67.

[31] Dernburg Pr. R. II S. 770 ff., Staub S. 1081.

[32] Förster S. 4 und 46. „Periculo meo crede": L. 12 § 13 D. h. t.; vgl. PrLR. I 14 § 213. — Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der „Kreditauftrag" nicht auch den Adressaten zur Kreditgewährung obligieren wolle und könne, darin also sich vom reinen Garantieversprechen unterscheiden könne, s. Stammler S. 118 ff., Unger a. a. O. S. 6, Jacoby S. 91 f. und Krüger Krit. Vierteljahrschr. XXXIV S. 538 gegen Sokolowski S. 3 und 65 und Förster S. 47 ff. und 77 f.

Sinne.[32a] Unter diesen Gesichtspunkt fällt die im „Auskunftswesen“[33] der Neuzeit hochentwickelte sogenannte kaufmännische Empfehlung,[34] richtiger Beantwortung von „Kreditérkundigungen“.[35] Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung ist zivilrechtlich auch für diese maßgebend nur § 1300 ABGB.[36]:

Für wissentliche Erteilung falscher Auskunft wird überall gehaftet;[37] und diese Haftung für dolus kann nach allgemein anerkanntem Grundsatze auch nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden. Bei berufsmäßiger Auskunfterteilung gegen Entgelt[38] ist nach gesetzlicher Regel auch für Fahrlässigkeit zu haften. Berufsmäßig im Sinne des § 1300 ist aber nicht bloß die von „Auskunfteien“, sondern auch die von Kaufleuten überhaupt im Verkehre mit ihren Geschäftsfreunden erteilte Auskunft; und, insoferne letztere ihren Gegenwert in der nach kaufmännischer Gepflogenheit sicheren Gegenseitigkeit dieser Dienstleistung findet, ist sie auch eine entgeltliche im Sinne des Gesetzes.[39]

[32a] Mit Recht ist aber bemerkt (Witzleben S. 7), daß man sich auf „Auskunft“ sogar noch eher zu verlassen pflegt als auf einen „Rat“.

[33] Siehe namentlich Gerlach in Conrads Jahrb. für Nat.-Ökon. N. F. XX S. 129 ff., dann die Berichte der Auskunftei W. Schimmelpfeng aus den letzten Jahren sowie den oben N. 21 zitierten Bericht von Pistor; zur Übersicht über die reiche neuere Literatur die Dissertation von G. Lehmann Die Rechtslage der kaufmänn. Auskunfteien nach dem BGB. (1904).

[34] Krainz 3. Aufl. II S. 326 N. 22 (anders jetzt 4. Aufl. II S. 262), Jacoby S. 48 f., Herbatschek Reformen im österr. Verkehrs- und Rechtsleben (1904) S. 39 f.

[35] Es ist nicht zu übersehen, daß nicht bloß „Empfehlung“, sondern auch ungünstige Auskunft über den „Angefragten“ ein Rat ist.

[36] D. i. für die Haftung gegenüber dem Anfragenden („dem anderen“: § 1300). Die Haftung gegenüber Dritten, insbesondere dem „Angefragten“ richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (§ 1295); somit ist diesem der durch eine, sei es auch nur aus Versehen, gegebene irrige Auskunft zugefügte Schaden zu ersetzen. Anders für das gemeine Recht Jacoby S. 70 ff. und 84 ff., und für das Recht des deutschen BGB. (§ 824), s. Staub S. 1083.

[37] Nicht mit Unrecht aber wird von seiten der „Auskunfteien“ darauf Gewicht gelegt (s. Bericht der Auskunftei W. Schimmelpfeng 1903 S. 19 ff.), daß nicht schon jedes wissentliche Verschweigen dem Auskunftgebenden bekannter Tatsachen als dolus qualifiziert werden darf; vgl. dazu Lehmann a. a. O. S. 26 ff. und die dort Angeführten.

[38] Über die in älterer Zeit herrschende Neigung, die kaufmännische Empfehlung strenger zu beurteilen (vgl. noch PrLR. II 8 §§ 702 ff.), siehe Jacoby S. 64 ff., Glück XV S. 370. Die Streitfrage, ob Dienst- oder Werkvertrag (vgl. Lehmann a. a. O. S. 29 ff) ist für das österr. Recht ohne Interesse.

[39] Ähnlich Staub S. 1080, vgl. auch Ehrenberg Jahrb. f. d. Dogm. XXXIV S. 384, DRG. XXVII S. 122 und Slg. N. F. 2490; dagegen Pistor a. a. O. S. 30.

Allerdings ist die praktische Bedeutung dieser Haftung für bloße culpa hier wie dort nicht groß;[40] denn diese kann vertragsmäßig, sei es im Einzelfall ausdrücklich, sei es durch allgemeine Geschäftsbedingungen, ja wohl auch kraft kaufmännischer Usancen abgelehnt sein.[41]

§ 67.

3. Auftrag und Anweisung (Assignation).

Die bis in die neueste Zeit allgemein beliebte systematische Einstellung der Assignation als „besonderen Fall" des Mandats[1] ist schon in den Vorarbeiten zum ABGB. der äußeren Anordnung nach vermieden. Die Anweisung wird nicht in dem Hauptstücke vom Bevollmächtigungsvertrage, sondern im III. Teile des Gesetzes behandelt.[2] Gleichwohl aber erscheint sie auf den Geschäftstypus des Mandats zurückgeführt (§§ 1403, 1404, 1409).[3] Und deshalb ist hier auf das Wesen derselben in Kürze so weit einzugehen, als dies zur Berichtigung der Grenze gegenüber der causa des Bevollmächtigungsvertrages erforderlich ist.[4]

[40] Vgl. Pistor a. a. O. S. 30 über die übliche sogenannte „Garantieklausel". Daß die Ablehnung auch bezüglich culpa lata nicht „unsittlich" ist, s. Slg. N. F. 2878 und das bei Lehmann a. a. O. angeführte Urteil vom 2. Dez. 1898 des hanseat. Oberlandesgerichts; vgl. Graf Gellers ZBl. 1904 S. 32.

[41] Jacoby S. 54, Pistor a. a. O. S. 31, Lehmann a. a. O. S. 47 f.

[1] S. von älteren z. B. Buchner S. 42 f., Glück XV S. 241; selbst den gezogenen Wechsel betrachtete z. B. Pothier Traité du contrat de change Nr. 91 als „vrai contrat de mandat". S. aber noch Keller P. § 317, Windscheid II § 412, Dernburg P. II § 119; auch noch die beiden ersten Entw. zum BGB. hatten die „Anweisung" dem „Auftrag" angereiht, so wie sächs. GB. §§ 1328 ff. und schweiz. Obl. R. Artt. 406 ff. Das BGB. hat diesen Standpunkt aufgegeben; doch hätte dem richtig erkannten Zwecke des Institutes, der „Erleichterung von Auszahlungen" (Denkschr. z. Entw. S. 94) die Ausscheidung aus dem speziellen Teile des Obligationenrechts überhaupt systematisch besser entsprochen, so wie schon das PrLR. I 16 §§ 251 ff. die Anweisung im Anschlusse an „Zahlung", „Depositon" und „Angabe an Zahlungsstatt" geregelt hatte.

[2] Schon seit dem Cod. Ther. III 23 Nr. 19 ff. steht die Anweisung unter dem Titel der „Verwandlung" der Verbindlichkeit (ähnlich Code civ. Art. 1277), was allerdings wieder mit der Vermischung von Assignation, Delegation und Schuldübernahme zusammenhängt. Besser das PrLR., s. die vorige Note.

[3] Daher unsere Kommentare natürlich die Theorie des „Doppelmandates" (unten N. 22) vortragen, s. nur Zeiller IV S. 98.

[4] Aber auch nur soweit; eingehendere Darstellung des Anweisungsrechtes vermeide ich nicht nur wegen des Umfanges, den dieselbe annehmen müßte, sondern aus den angegebenen systematischen Gründen, vgl. unten N. 47.

Anweisung (Assignation) — der Begriff ist den §§ 1400 bis 1410 zu entnehmen[5] — bedeutet die Anordnung[6] der Leistung eines anderen (Assignat) an und ihrer Empfangnahme durch einen Dritten (Assignatar) auf Rechnung des Anordnenden (Assignant).

Die Leistung kann jede beliebige zu Geschäftszwecken dienende sein (§§ 859, 861);[7] zumeist allerdings Geldleistung, „Zahlung" in diesem Sinne,[8] aber deshalb nicht notwendig Zahlung im Sinne der Tilgung (§ 1412), sondern ebensowohl Zuzählung zum Zwecke der Begründung eines Rechtsverhältnisses — „numeratio", nicht „solutio".[9]

Die Anordnung kann in beliebiger Form erfolgen, insbesondere auch mündlich.[10] Die praktische Verwendung führt aber zumeist zur schriftlichen Anweisung; und so denkt auch das ABGB. (arg. §§ 1405, 1408)[11] offensichtlich an diese, ohne aber damit, so wie neuestens das deutsche BGB. (§ 783), die (in den §§ 1400 ff.) aufgestellten Grundsätze auf diesen engeren Begriff einschränken zu

---

[5] Daß das ABGB. in den §§ 1400 bis 1410, mindestens unter anderem, die „moderne Anweisung" (Windscheid II S. 754) normieren will, steht fest, siehe Menzel Zur Lehre von der Schuldübernahme, Grünhuts Ztschr. XI S. 604, Unger Schuldübernahme S. 8, Horn Schuldübernahme GZ. 1902 S. 82.

[6] Der Ausdruck ist als unverfänglich gewählt, weil er es dahingestellt läßt, ob die Anordnung im Sinne von „Auftrag" oder „Ermächtigung" gemeint ist, so wie der „jussus" oder „Befehl" im Sinne von Wendt Das allgemeine Anweisungsrecht, besonders S. 24 f. Sehr gut sagt übrigens § 1400: „einen Dritten als Zahler stellen". Das Scheckgesetz vom 3. April 1906 (vgl. unten N. 13) gebraucht dem entsprechend den Ausdruck „Aufforderung".

[7] Daher insbesondere auch in dem Versprechen an den Dritten bestehen (mandatum promittendi, Kreditanweisung), siehe Wendt a. a. O. S. 1, Unger a. a. O. S. 18 N. 11 und S. 27 N. 34, Lenel Jahrb. f. d. Dogm. XXXVI S. 124 N. 1: dieser Punkt, wo die Anweisung sich mit der Schuldübernahme oder auch der Novation berührt, interessiert hier nicht weiter. Für die Form der Anweisung durch Scheck (s. unten N. 13) ist durch das Scheckgesetz § 8 die Anweisung „ad promittendum" ausgeschlossen; vgl. Canstein Der Scheck nach dem österr. Gesetz (1906) S. 133.

[8] Die Doppelwirkung, auf welche die Anweisung hinsteuert (die Leistung des Assignaten soll indirekt zugleich wie Leistung zwischen ihm und dem Assignanten und zwischen diesem und dem Assignatar gelten, s. Text S. 481), setzt Geld oder doch sonst Vertretbarkeit der Leistung voraus, vgl. Crome II S. 919; das deutsche BGB. § 783 hat dies zum gesetzlichen Merkmal der Anweisung gemacht.

[9] Wendt a. a. O. S. 21, Lenel a. a. O. S. 114. Über das ABGB. siehe unten S. 481 f.

[10] Daß der „Begriff der Anweisung" nicht „durch den Brief bedingt" ist, ist die Grundlage der Darstellung von Wendt a. a. O.

[11] § 1405: kann die Anweisung dem Assignaten „nicht vorgezeigt werden"; § 1048: „so gilt dem Assignatar die Assignation als eine Abtretungsurkunde".

wollen.[12] Eine besondere, neuestens durch Spezialgesetzgebung geförderte Ausgestaltung der schriftlichen Anweisung in der Richtung der Skripturobligation ist der Scheck.[13]

Die Anweisung, insbesondere die schriftliche, nimmt in der Regel ihren Weg zuerst zum Assignatar, welcher sie dann dem Assignaten übermittelt („vorzeigt": § 1405); begrifflich oder gesetzlich ausgeschlossen ist auch nicht der umgekehrte Weg, Übermittlung der Anordnung durch den Assignaten an den Assignatar oder auch unmittelbare Erklärung des Assignanten an beide.[14]

Durchaus wesentlich für den Charakter der Anweisung aber ist es, daß sie eben jene doppelte Anordnung enthält, daß sie sich an zwei Personen zugleich wendet; sie wird nicht bloß dem Assignaten gegeben, sondern zugleich an den Assignatar „begeben".[15] Dadurch unterscheidet sie sich formell von einem gewöhnlichen Auftrag, auch dann, wenn dieser eine Leistung zu Handen eines Dritten zum Gegenstande hat (Zahlungsmandat, Erfüllungsübernahme).[16] Schon deshalb kann für die Assignation die Kategorie des Vertrags zugunsten Dritter und mit ihr der vielbesprochene § 1019 gar nicht in Frage kommen:[17] Der Auftrag, mag er auch zum Vorteil eines Dritten

[12] So wird für das österr. Recht allgemein gelehrt, s. Zeiller IV S. 99, Rippel VIII S. 106, Stubenrauch II S. 823. Mündliche Anweisungen sind übrigens auch durch das deutsche BGB. nicht für unzulässig erklärt und die Vorschriften der §§ 783 ff. BGB. werden auch da wohl analog angewendet werden, vgl. D. Mot. II S. 558 Planck II S. 533, Ortmann Kom. Vorbemerk. zu § 783.

[13] Daß der Scheck nur eine besonders qualifizierte Anweisung ist (was jetzt Canstein a. a. O. S. 76 bestreitet), ist die natürliche, allgemein angenommene Auffassung, vgl. Cohn in Endemanns Handbuch III S. 1144, Pavlicek Der Scheck S. 25 ff., Mot. des österr. Scheckgesetzes S. 14, Denkschrift zum deutschen HGB. S. 441, GebG. T. P. 60 Z. 2.

[14] So auch Krainz I S. 366.

[15] Die Vereinigung sozusagen der beiden Adressen der Anordnung in der Anweisung scheint mir das charakteristische; in diesem Sinne also wird die „Begebung" mit Recht als das unterscheidende Merkmal hervorgehoben von Laband Arch. f. d. ziv. Prax. LXXIV S. 332, Windscheid II S. 754 (dagegen Wendt a. a. O. S. 77), wenngleich daraus nicht notwendig folgt, daß die Anweisung ihrem Begriffe nach zuerst dem Assignatar und durch ihn dem Asignaten zukommen müsse und nicht umgekehrt. Daß in der Assignation sowohl der Asignat als der Assignatar „angewiesen" sei, wurde schon bei Beratung des § 1401, Ofner II S. 239, betont; über die „Begebung" in obigem Sinne s. Zeiller IV S. 99.

[16] Über diesen Begriff Unger a. a. O. S. 14, Hellwig Der Vertrag auf Leistung an Dritte S. 189 ff., vgl. auch unten § 73 Z. 7.

[17] Wie nach Krainz I S. 366, Staub-Pisko Komm. I S. 95 f. (s. dagegen Pollak GZ. 1905 S. 95) oder z. B. die 2. Instanz Slg. 14266; richtiger Hasenöhrl II S. 253 ff., gut hier Horn a. a. O. S. 83. Selbst die „Analogie" des § 1019, wie sie z. B. Menzel a. a. O. S. 668 f. meint, scheint bedenklich, s. dagegen Czoernig

lauten, ist dennoch nur ein Rechtsakt zwischen den zwei Personen des Mandanten und Mandatars, die Anweisung ein Rechtsakt, an welchem sich auch der Dritte beteiligen,[18] welcher zu einer „dreifachen Einwilligung“[19] (§ 1402) führen soll.

Der wirtschaftliche Charakter dieses Rechtsaktes aber liegt in dem Zwecke der indirekten Vermögensleistung:[20] Auf Grund der Anweisung — als deren Schema für das folgende gelten mag: A (Assignant) weist den B (Assignat) an, eine Leistung an C (Assignatar) zu machen, bezw. C, die Leistung von B zu empfangen — erfolgt Leistung des B an C, von ersterem im eigenen Namen gegeben, von letzterem im eigenen Namen genommen, als solche, das ist im Verhältnis zwischen B und C ohne speziellen Geschäftszweck, formell, abstrakt;[21] aber mittelbar erfüllt diese Leistung einen Geschäftszweck des B gegenüber A und zugleich des A gegenüber C, mittelbar also liegt ihr eine doppelte causa zugrunde (das „Deckungsverhältnis“ zwischen A und B, das „Valutaverhältnis“ zwischen A und C).

Die Doppelkausa der Anweisung kommt auch im ABGB. zur Erscheinung, aber freilich in zu enger Fassung. Das ABGB. setzt bei den Bestimmungen der §§ 1400 bis 1409 ohne weiteres einen Gläubiger des Anweisenden als Assignatar voraus, mit anderen Worten zwischen A und C lediglich die causa solvendi, während, was das Verhältnis zwischen A und B betrifft, richtig

Grünhuts Ztschr. XVII S. 130. Vgl. auch Randa Österr. Handelsrecht I S. 136, Hellwig a. a. O. S. 191 f. (minder klar S. 101) und Leonhard Die Anfechtbarkeit des Vertrages für das Vermögen eines Dritten S. 40; vgl. unten § 84 N. 20.

[18] Ohne an dieser Stelle auf das mandatum in favorem tertii näher einzugehen (siehe darüber unten §§ 83 und 84, auch § 73 N. 17), sei nur auf den in die Augen springenden Gegensatz zwischen § 1019 — Klagerecht des Dritten auf Grund der „Benachrichtigung“ — und §§ 1401 f. — Erfordernis der „Annahme“ des Assignatars — verwiesen (vgl. dazu Leonhard Der allg. Teil des BGB. S. 333); geradezu irreführend ist es hier, wenn Zeiller IV S. 102 zu § 1403 sagt: „Hat der Assignatar die Anweisung angenommen, so ist er aus dem hierdurch zwischen ihm und dem Anweiser geschlossenen Anweisungsvertrage berechtigt, von dem Assignaten als Machthaber und Stellvertreter seines Schuldners die Zahlung zu begehren“ — und dazu § 1019 zitiert! Der Widerspruch zwischen § 1019 und §§ 1402 ff., den Nippel Material. zur Reform I S. 165 ff. findet, besteht somit nicht, weil beide ganz verschiedene Dinge betreffen.

[19] So in der Tat besser als „Dreifacher Vertrag“, wie WgalGB. III § 556 gesagt hatte; siehe Ofner II S. 240.

[20] Windscheid Leipziger Festgabe für O. Müller 1892, Wendt a. a. O. S. 23 f., Krainz I § 137.

[21] Wendt a. a. O. S. 34.

angedeutet ist (§ 1403), daß der Assignat nicht bloß solvendi causa, sondern auch aus anderer causa eintreten kann. Dem Wortlaute des § 1403 gemäß wäre jedoch diese andere causa immer schlechthin die des Bevollmächtigungsvertrages. Dies der Punkt, der hier klarzustellen ist.

Die früher herrschende Lehre, welche das Wesen der Assignation in der „Doppelvollmacht" oder dem „Doppelmandate" zu erkennen glaubt, wird nun ziemlich allgemein verleugnet; allenfalls will man eine doppelte „Ermächtigung" gelten lassen.[22] Ein Ergebnis dieser theoretischen Entwicklung ist § 783 des deutschen BGB.: Der Anweisungsempfänger „ist ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten".

In der Tat, auf die Leistung selbst, die unmittelbare Wirkung des Vollzugs der Anweisung (zwischen B und C) bezogen, von „Vollmachten" zu sprechen, war ein Irrtum. Das Objekt der Leistung überträgt der Assignat und empfängt der Assignatar im eigenen Namen, nicht als Stellvertreter des Assignanten. Anders, was die mittelbare Wirkung dieser Leistung für das Kausalverhältnis des Ersten und des Zweiten zu dem Dritten betrifft. Daß durch die Leistung des B an C der gewollte Geschäftszweck zwischen B und A verwirklicht wird, beruht auf der in der Anweisung dem C erteilten und durch deren Präsentation dem B kundgemachten („offenen")[23] Vollmacht zur Vertretung des A in der Empfangnahme.[24] Und ebenso muß wohl behauptet werden, kann es nur auf einer in der Anweisung enthaltenen Vollmacht des B beruhen, daß dieser dem C gegenüber einen Geschäftserfolg für A zu stande zu bringen vermag.[25] In

---

[22] S. besonders Wendt a. a. O. S. 71 ff., Cosack I S. 544, Laband a. a. O. S. 331, Schollmeyer S. 41, auch Lenel a. a. O. S. 113, vgl. oben N. 3.

[23] Vgl. Krainz I S. 366.

[24] S. die vortreffliche Ausführung bei Lenel a. a. O. S. 113 f. (dagegen wieder Hupka S. 76 ff. und Jany S. 169 f.).

[25] In diesem Punkte kann ich die Ausführungen Lenels a. a. O. S. 116 f. nicht überzeugend finden, welchen Hellwig a. a. O. S. 100, Ortmann Kommentar S. 511 beitreten; weit natürlicher ist die Doppelwirkung des „jussus" dargelegt schon bei Gide Etudes sur la novat. p. 468 ss. — Allerdings in dem vom ABGB. vorausgesetztem Falle, der aber eben nicht der einzig mögliche ist (s. oben S. 479), daß es sich zwischen Assignanten und Assignatar um die causa solvendi handelt, brauchte der Assignat nicht erst eine Vollmacht (arg. § 1423); vgl. auch Hellwig a. a. O. S. 190 f.

dieser Richtung ist es somit zutreffend, wenn das ABGB. von Vollmachtsverhältnissen spricht. Aber — die Frage darf und muß mit Rücksicht auf die an früherer Stelle dargelegte Unklarheit des Gesetzes bezüglich des Verhältnisses von Auftrag und Vollmacht[26] gestellt werden — sind das deshalb „Bevollmächtigungsverträge" im technischen Sinne des § 1002?

Vorerst ist klar: Die Anweisung an sich kann gewiß nur „Auftrag" in jenem weitesten Sinne einer bloßen Offerte genannt werden, als solche noch ohne verpflichtende Wirkung.[27] Der Assignat wie der Assignatar kann dieselbe ablehnen (§§ 1403, 1405), ersterer auch dann, wenn er Schuldner des Assignanten ist (Anweisung auf Schuld).[28] Erst wenn die Anweisung angenommen ist, entsteht obige Frage nach der Natur des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses. Zunächst

a) zwischen Assignanten und Assignaten (A und B). Die durch die Annahme des letzteren zwischen diesen beiden zu stande gekommene Vereinbarung kann unter Umständen lediglich die Bedeutung haben,

α) daß A sich dadurch bindet, etwaige Leistung des B an C als indirekte Leistung an ihn (A) selbst gelten zu lassen, bloße „Ermächtigung"[29] des Assignaten, nicht aber „Auftrag". Allein, weit entfernt, daß dies begrifflich notwendig wäre, entspricht sogar in aller Regel der Absicht der Beteiligten die Auffassung,

β) daß der Assignat nicht bloß befugt, sondern beauftragt sei, an den Assignatar zu leisten, daß also B sich durch die Annahme der Anweisung A gegenüber verpflichte, die angeordnete Leistung — für den Fall, daß C dieselbe einfordert[30] — an diesen für Rechnung des A zu vollziehen. So scheint die Begriffsbestimmung in der Tat in die causa des Bevollmächtigungsvertrages (oben S. 457) einzu-

[26] S. oben § 61.

[27] S. oben S. 420, vgl. Leonhard a. a. O. S. 39 und oben N. 6.

[28] So ausdrücklich § 787, Abs. 2 BGB. Aber auch im ABGB. enthält § 1403 („Hat der Anweiser einem Dritten, der ihm nichts schuldig ist, die Zahlung aufgetragen, so steht diesem frei, die Anweisung anzunehmen oder nicht") nicht etwa a contrario den Satz, daß für den angewiesenen Schuldner die Verpflichtung zur Annahme (Kontrahierungszwang) bestehe; den Gegensatz zu dem Falle des § 1403 bildet vielmehr nur § 1408 (s. auch Zeiller IV S. 100), d. h. die Zessionswirkung der Anweisung auf Schuld, nicht aber etwa Haftung (mora) gegenüber dem Assignanten wegen verweigerter Annahme (vgl. Protokolle II S. 383 zu dem oben zit. § 787 BGB). Bedenklich Krainz I S. 375 N. 62, Stubenrauch zu § 1409, besser Hasenöhrl II S. 244.

[29] Vgl. oben S. 436.

[30] Vgl. die Anmerkung Kuntzes zu Holzschuher Theorie und Kasuistik (3. Aufl.) II S. 668.

münden. Und dennoch trifft dies nicht zu. Der Geschäftszweck, die causa der Anweisung zwischen A und B ist regelmäßig nicht „Geschäftsbesorgung" für A, sondern irgend eine andere, so in dem vom ABGB. (§ 1403) zunächst vorausgesetzten Falle (der Anweisung auf Schuld) die Begleichung irgend einer bestehenden Obligation des B gegen A, causa solvendi, oder es ist die indirekte Überlassung von Kapital, causa credendi[31] (Anweisung auf Kredit), oder vielleicht eine Liberalität des B gegen A, causa donandi u. s. w. Die „Rechnung" zwischen A und B, in welche die von B an C entrichtete Leistung einzustellen ist,[32] ist hier nicht, wie bei der „Führung fremder Geschäfte" die Rechnung über die aufgetragene Besorgung selbst, sondern die Rechnung über ein zwischen beiden bereits bestehendes oder zu begründendes anderes Geschäftsverhältnis. Die (angenommene) Anweisung enthält also hier zwar einen „Auftrag" in jenem weiteren Sinne, aber keinen „Bevollmächtigungsvertrag". Daher weder actio mandati directa noch contraria. Ob, wann und wie die Anweisung vom Assignaten in Vollzug zu setzen, ob und in wie weit derselbe Vergütung seiner Auslagen vom Assignanten zu begehren befugt ist, richtet sich nicht nach Mandatsgrundsätzen,[33] sondern nach dem zugrunde liegenden Kausalgeschäfte (dem Deckungsverhältnis). Nicht minder ist die Frage, ob dem Assignaten ein Kündigungsrecht zusteht, ob Tod oder Insolvenz des einen oder anderen Teiles das Erlöschen der Anweisung zur Folge hat, nach den Normen jenes Kausalgeschäftes zu beurteilen, nicht schlechthin des Mandats (§ 1021 ff.).[34] Und dies gilt auch von der Widerruflichkeit der Anweisung. Wenn es diesbezüglich in § 1404 heißt: „Der Assignant kann eine von dem Assignatar noch nicht an-

[31] Vgl. oben S. 80 f.

[32] Über die für die Anweisung charakteristische „Deckungsklausel" siehe Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsrechts III S. 1099.

[33] Vgl. Wendt a. a. O. S. 82, Dang Krit. Vierteljahrschr. XXXVII S. 339 f. Scheckgesetz § 14: (Der Bezogene haftet dem Aussteller) „nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses für die Einlösung des Schecks". Daß in letzterem Falle das zugrundeliegende Kausalverhältnis hauptsächlich depositum irregulare ist, s. oben S. 367 N. 1.

[34] Vgl. Krainz I S. 364, Hasenöhrl II S. 245 f. (welcher aber nur die Anwendung des § 1021, nicht der §§ 1022 bis 1024 ausschließt) gegen Stubenrauch zu § 1404. Jedenfalls ist es nicht genug gesagt, daß „in diesen Fällen der Auftrag als solcher in den Hintergrund tritt" (Windscheid II S. 755). In dieser Richtung erscheint als Sonderrecht die kategorische Bestimmung des § 12 Scheckg., daß die Zahlung des Schecks bei Konkurs des Ausstellers „abzulehnen ist"; vgl. Pavlicek a. a. O. S. 74 ff.

genommene Assignation widerrufen", so ist dies nur eine Dispositivvorschrift, welche allerdings dem zwischen A und B bestehenden Kausalverhältnis fast immer entsprechen wird: denn nichts ist natürlicher, als daß B — so lange er dem Dritten gegenüber noch nicht gebunden ist — sich einer Gegenordre des A fügen müsse, welche im Grunde nur den normalen Zustand wieder herstellt, indem sie die aus jener causa dem B nun einmal obliegende Leistung wieder auf den direkten Weg statt des indirekten weist. Daß diese Widerruflichkeit aber sich nicht aus dem Gesichtspunkte des Mandats ergibt,[35] beweist gerade der angeführte Satz des § 1404; denn, hätte man es bei der Anweisung wirklich nur mit einem „Bevollmächtigungsvertrage" zwischen Assignanten und Assignaten zu tun, so bedürfte die beliebige Widerruflichkeit (nach § 1020) nicht erst der besonderen Hervorhebung.[36]

Möglich ist es immerhin — praktisch jedoch durchaus ein Ausnahmsfall — daß die Übernahme der Anweisung durch B gegenüber A in der Tat einmal keinen anderen Zweck hat, als den, für A die Vermittlung seiner Geschäftszwecke bei C zu besorgen; dann liegt die causa negotii alieni gerendi[37] vor, ein wahrer Bevollmächtigungsvertrag, welcher denn auch insbesondere actio mandati contraria auf Deckung für den Assignaten begründet (§ 1409 a. E.).[38]

Auch im ABGB. kommt diese Auffassung zum Durchbruche. Wörtlich genommen besagen die Gesetzestexte (§§ 1403 und 1409), zwischen Assignanten und Assignaten entstehe immer ein Bevollmächtigungsvertrag, soferne die Anweisung nicht auf Schuld (solvendi causa) geschehe.[39] Allein das ist nur ein zu enger Ausdruck für einen

---

[35] Wie es den Anschein hat nach Zeiller IV S. 102, aber auch Menzel a. a. O. S. 46 N. 109. Dem gegenüber ist es von Interesse, daß bei der Beratung über Wgal GB. III § 558 — „der Assignant kann als Machtgeber eine von dem Assignatar noch nicht angenommene Assignation von dem Assignaten als Machthaber widerufen" — beschlossen wurde, die Worte „Machtgeber" und „Machthaber" (in § 1404) wegzulassen, weil sie „zur Verständlichkeit nicht notwendig, und die Begriffe zu verwirren geeignet seien" (Ofner II S. 240).

[36] Zweifel konnten vielmehr nur bezüglich der Unwiderruflichkeit nach Annahme durch den Dritten entstehen, siehe Holzschuher a. a. O. S. 675, Wendt a. a. O. S. 157 ff.

[37] Das „Deckungsverhältnis" ist hier Mandat, vgl. Wendt a. a. O. S. 79, Salpius Novat. und Deleg. S. 56; also nicht bloß „Konkurrenz" von Mandat und Anweisung, wie Krainz I S. 365 N. 4 sagt.

[38] Damit stimmt der Schlußsatz des § 1409 überein, wo das Zitat des § 1014 (actio mandati contraria) sich eben nur auf den Fall bezieht, daß der Assignat einen „größeren Betrag, als er dem Assignanten schuldig war, geleistet" hat, somit keine andere causa zwischen beiden besteht, vgl. den Text.

[39] S. zu § 1409 die vorige Note.

richtigen Gedanken. Ganz so wie in der alten Lehre vom Titulus und Modus acquirendi für die Tradition[40], so ist auch hier der Fehler begangen, die causa stets als causa praeterita zu denken, den Rechtsgrund, wie dort des Eigentumsüberganges, so hier der Anweisung in einem vorangehenden Verpflichtungsverhältnisse zu suchen. Der wahre Sinn jener Sätze aber ist der oben gewonnene: Wenn der Anweisung nicht irgend eine andere Geschäftskausa zugrunde liegt, dann und nur dann beruht sie auf der causa des Bevollmächtigungsvertrages und unterliegt sie zwischen Assignanten und Assignaten den Normen dieses Verhältnisses.[41]

b) Zwischen Assignanten und Assignatar (A und C). In erster Linie handelt es sich hier gewiß um

α) die „Ermächtigung" des C zur Behebung der Leistung für Rechnung des A bei dem Assignaten B; und in vielen Fällen mag es dabei sein Bewenden haben.[42] Noch häufiger aber geht die Absicht weiter. Behufs Realisierung einer Geschäftskausa zwischen Assignanten und Assignatar soll unter Umständen

β) der letztere, wenn er einmal die Anweisung anzunehmen erklärt hat, auch verpflichtet sein, dieselbe bei dem Assignaten zu präsentieren.[43] So muß namentlich für den im ABGB. allein behandelten Fall gesagt werden, wo es sich um indirekte Tilgung einer Schuld des A an C handelt, causa solvendi. Die im § 1405 anerkannte Diligenzpflicht des Assignatars läßt sich kaum anders er-

[40] Vgl. darüber Hofmann Die Lehre vom titulus und modus adquir. S. 46 ff., und dazu Strohal Jahrb. f. d. Dogm. XXVII S. 358.

[41] Ähnlich hatte der I. Entwurf (§§ 606 und 608) zum deutschen BGB. (jetzt § 787) und der II. Entwurf § 623 ausdrücklich gesagt, während man den Satz bei der letzten Redaktion als „selbstverständlich" wegließ (Protokolle II S. 383).

[42] So die in dem „Kreditbrief" gelegene „qualifizierte" Anweisung, vgl. Cohn a. a. O. S. 1125; auch oben S. 476.

[43] Die Anweisung an sich besagt darüber allerdings nichts; insofern mag sich die Begriffsbestimmung, wie § 783 BGB. (vgl. oben S. 482), darauf beschränken, sie als „Ermächtigung" zu bezeichnen, und die neuere Literatur mit Recht dazu bemerken, wenn eine Verpflichtung des Assignatars zur Präsentation der Anweisung bestehe, so entspringe diese „nebenher" aus dem zufälligen Kausalverhältnisse zwischen Assignatar und Assignanten (s. Cosack I S. 550, Crome II S. 923, Dernburg Bürgl. Recht II S. 221). Aber es sollte doch nicht übersehen werden, daß eben dies Kausalverhältnis praktisch in der überwiegenden Zahl der Fälle zu der Auslegung der Annahme der Anweisung im Sinne eines Auftrags zur Einforderung der Leistung bei dem Assignaten drängt. Dem hatten die Bestimmungen der beiden ersten deutschen Entwürfe (Entwurf I § 610, Entwurf II § 624) Rechnung getragen, welche im BGB. § 789 weggeblieben sind, „damit der abstrakte Charakter der Anweisung nicht verdunkelt werde": Planck II S. 542.

klären, denn als Folge dieser Präsentationspflicht.[44] Wieder geht also hier mit der Ermächtigung ein „Auftrag" Hand in Hand; aber auch hier nicht schlechthin Mandat im technischen Sinne. Die Verpflichtung und die Diligenzpflicht des C ergibt sich und regelt sich nicht nach dem „Auftrag", sondern nach dem zwischen ihm und A bestehenden oder durch die Anweisung entstehenden Kausalverhältnisse. Die Anweisung und deren Annahme bedeutet nur die Feststellung eines Modus der Realisierung dieses Kausalgeschäftes selbst, wie etwa die bei oder auch nach Abschluß eines Vertrages getroffene Übereinkunft bezüglich der Zeit oder des Ortes der Erfüllung. In der, beispielsweise vom Käufer dem Verkäufer, zahlungshalber gegebenen Bankanweisung ein selbständiges Mandat zu suchen, kraft dessen der Verkäufer gleichsam die Zahlung an sich selbst für den Käufer zu besorgen hätte, wäre ebenso verkünstelt, als wollte man etwa in der Vereinbarung, daß der Käufer die Ware an einem bestimmten Orte abzuholen habe, einen vom Kauf zu trennenden Mandatsvertrag erblicken, durch welchen der Käufer für den Verkäufer die Besorgung der Lieferung der Ware übernehme.

Die Möglichkeit anderseits besteht auch hier, daß zwischen A und C tatsächlich eine andere Geschäftskausa nicht obwaltet, und daß der Zweck der Anweisung sich in der Behebung der Zahlung für Rechnung des Assignanten erschöpft. Dann, aber nur dann liegt auch zwischen A und C ein in die Form der Anweisung gekleidetes einfaches Inkassomandat,[45] wahrer Bevollmächtigungsvertrag im Sinne §§ 1002 ff. vor.

Das Ergebnis ist: Die (angenommene) Anweisung kann nach beiden Kausalbeziehungen (zwischen Assignanten und Assignaten oder zwischen Assignanten und Assignatar) einen Bevollmächtigungsvertrag darstellen;[46] allein darin liegt ihr Wesen nicht, es ist das nur ein (nicht häufiger) Ausnahmsfall. Die Darstellung des Anweisungsrechtes gehört daher nicht in

---

[44] Das wird wohl auch für den Schecknehmer gelten müssen (vgl. Scheckgesetz § 19 a. E.), s. Canstein a. a. O. S. 68 f. Nach Wendt a. a. O. S. 111 f. wäre die Erfüllung der Präsentationspflicht allerdings nur „Voraussetzung von Regreßansprüchen des Anweisungsempfängers", nicht „Grund von Ersatzansprüchen des Anweisenden". Daß das ABGB. aber gerade auf letzterem Standpunkte steht, beweist der Schlußsatz des § 1405; vgl. auch Zeiller IV S. 98 und Goldschmidt Ztschr. f. H. R. I S. 611 ff.

[45] Lenel a. a. O. S. 118.

[46] Vgl. Dernburg a. a. O. S. 215 f.

die Lehre vom Bevollmächtigungsvertrage[47] — so wenig, wie sie etwa deshalb in die Lehre von der Schenkung gehört, weil die Anweisung manchmal donandi causa begeben oder angenommen wird.

§ 68.

4. Verkaufsauftrag, Trödelvertrag.

Von dem Auftrag zum Verkaufe einer Sache für Rechnung des Auftraggebers, Bevollmächtigungsvertrag im Sinne des § 1002, daher namentlich auch von der handelsrechtlichen Verkaufskommission,[1] unterscheidet sich der „Verkaufsauftrag" der §§ 1086 ff., unter welchem Namen das ABGB. den „Trödelvertrag" (contractus aestimatorius) des römischen Rechtes rezipiert hat. Letzterem fehlt die causa der Besorgung eines fremden Geschäfts. Der „Trödler" unternimmt ein eigenes Geschäft, er übernimmt die zu verkaufende Sache auf eigene Rechnung.[2] Er ist nicht verpflichtet, sich um den Verkauf zu bemühen,[3] sondern nur entweder zur Rückgabe der Sache vor dem bedungenen Termin oder zur Bezahlung des bedungenen Preises (§ 1086),[4] er hat für den Fall des wirklichen Verkaufes nicht allen Nutzen, sondern eben nur „das bestimmte Kaufgeld" dem Auftraggeber abzuführen (§ 1086),[5] daher letzterem auch nicht Rechnung zu legen. Durch den Verkauf Gewinn zu ziehen, ist sein Recht, und deshalb der Widerruf des Verkaufsauftrages ausgeschlossen (§ 1086). Ebensowenig aber kann der „Trödler" anderseits Anspruch erheben auf Ersatz für Kosten oder Schaden, die ihn bei der Durchführung des Verkaufes treffen,[6] sondern lediglich, falls er

[47] In der Tat sehen sich Darstellungen, welche die Anweisung unter den Titel des Mandats stellen, bemüssigt, hervorzukehren, wie gerade die Grundsätze des „Auftrags" in diesen Fällen „in den Hintergrund treten", so Windscheid II S. 755.

[1] S. oben § 63 N. 13 und 14.

[2] Vgl. Chambon Beiträge zum Obl. R. I S. 102 ff., Arnold über den Trödelvertrag und insbesondere sein Verhältnis zur Verkaufskommission (1896) S. 37, Grünhut S. 50 N. 1, Treitschke Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel (1839) S. 21 (dagegen Liebert Zur Lehre vom Contractus aestimatorius, 1890, S. 33 f.); vgl. WgalGB. III § 216: Den übernehmer „trifft also Schaden und Nutzen".

[3] So auch Zeiller III S. 390 f., Reinhold Der Trödelvertrag S. 9, und für das gemeine Recht Bechmann Der Kauf II S. 409 und 413 f., Arnold a. a. O. S. 51 und 54 f. Anders Dernburg Das bürgl. Recht II 2 S. 513, Windscheid II § 383, Liebert a. a. O. S. 28 ff.

[4] Daher kann er sich anderseits auch nicht durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Ausführung des Verkaufsauftrages liberieren.

[5] Zeiller III S. 283, Liebert a. a. O. S. 11, Arnold a. a. O. S. 16 ff. und die daselbst zitierten.

[6] Arnold a. a. O. S. 58 f.

sie zurückstellt, auf Vergütung der auf die Sache verwendeten Impensen (§ 1087). Daß in allen diesen Richtungen für den Mandatar das Gegenteil gilt (§§ 1009, 1012, 1020, 1014), zeigt den Gegensatz der causa beider Verhältnisse.[7]

Wenn § 1086 gleichwohl den Trödelvertrag als „Übergabe zum Verkaufe" bezeichnet, so erklärt sich dies zum Teile[8] daraus, daß tatsächlich, wenngleich nicht zum Geschäftsinhalte erhoben, die Absicht des Weiterverkaufes durch den Übernehmer dem Vertrage zugrunde zu liegen pflegt.[9] Vor allem aber kommt darin zum Ausdrucke, daß der Trödelvertrag allerdings nicht den „Auftrag" im eigentlichen Sinne, wohl aber die „Ermächtigung"[10] des Übernehmers zum Verkaufe,[11] genauer eine „Verfügungsmacht[12] desselben begründet, vermöge deren er das Eigentum des Übergebers (§ 1087) durch Veräußerung der Sache im eigenen Namen auf Dritte übertragen kann.[13]

Von den positiven Sätzen des ABGB.[14] ist an dieser Stelle von Interesse nur der eine, welcher auch die Begriffsbestimmung des Bevollmächtigungsvertrages unmittelbar angeht. Nach § 1088 liegt ein Trödelvertrag vor, wenn es a) eine bewegliche Sache ist, die zum Verkaufe übergeben wird, b) der Preis (aestimatio) und c) die Frist für die Entscheidung der Alternative, ob Rückstellung der Sache

[7] Der Trödelvertrag ist nicht, wie Habietinek Österr. Vierteljahrschr. V S. 134 N. 2 (ebenso jetzt Dniestrzanski S. 332) meint, nur eine „Kombination des Kaufes mit einem Mandate" (siehe dagegen schon Unger Jahrb. f. d. Dogm. VIII S. 19 N. 17), sondern etwas anderes als Mandat.

[8] Zum Teil wohl auch schon als Nachbildung der römischen Formel „rem vendendam dare" (L. 1 pr. D. de aestimat. 19, 3). Dasselbe dürfte auch für das PrLR. I 11 § 511 gelten, ohne daß deshalb der Trödelvertrag als „Vertrag über Handlungen" aufzufassen wäre, wie Koch III S. 1010 will.

[9] Als alleinige Erklärung genügt dies aber nicht, wie bei Reinhold a. a. O. S. 7.

[10] Es kehrt hier die dem ABGB. gewöhnliche Vermengung von „Auftrag" und „Ermächtigung" wieder; vgl. oben § 61.

[11] So schon Treitschke a. a. O. S. 38.

[12] S. oben S. 435 zu α.

[13] Das Zitat des § 367 im Gesetze (§ 1088 a. E.) und bei dessen Kommentatoren (s. Zeiller III S. 392, Winiwarter IV S. 289, Stubenrauch II S. 309) deutet an, daß eine „Verfügungsmacht" in obigem Sinne vorliegt, ist aber irreführend; denn der Eigentumserwerb des Dritten beruht, wenn überhaupt ein gültiger Trödelvertrag vorliegt, auf der im Texte erwähnten vertragsmäßigen Verfügungsmacht des Trödlers, und nur wo kein Trödelvertrag besteht, bleibt die Frage, ob die Voraussetzungen des Eigentumerwerbs nach dem Grundsatze „Hand wahre Hand", insbesondere also auch bona fides des Erwerbers, gegeben sind.

[14] Die Erörterung der immer noch zweifelhaften „Konstruktion" des Trödelvertrages gehört nicht an diese Stelle. Vgl. auch oben S. 83. Gerade über den hier im Texte besprochenen Punkt gehen unsere Schriftsteller etwas zu leicht hinweg; s. unten N. 15 und 17.

oder Bezahlung des Preises, bestimmt ist. Fehlt es an einer dieser drei Voraussetzungen, so wird — nach dem Wortlaute des Gesetzes — „der Übernehmer wie ein Gewalthaber angesehen", d. h. der Vertrag als „Bevollmächtigungsvertrag" nach §§ 1002 ff. beurteilt.

Das ist zwingendes Recht insoweit, als verfügt ist, daß in letzterem Falle der Vertrag selbst dann, wenn die Absicht der Kontrahenten auf den Verkauf für eigene Rechnung und Gefahr des Übernehmers gerichtet wäre, nicht als „Verkaufsauftrag" im Sinne des Gesetzes gilt,[15] und daher nicht den Normen der §§ 1086 f. untersteht.[16] Nicht so die Behandlung als „Bevollmächtigungsvertrag". Das Gesetz mag der subjektiven Vertragskausa die Wirkung versagen; unerhört aber wäre die zwangsweise Substituierung einer anderen als der von den Kontrahenten gewollten Geschäftskausa,[17] Geschäftsbesorgung für Rechnung des Übergebers statt für Rechnung des Übernehmers. Insoweit also kann § 1088 nur als Auslegungsregel

[15] In dieser Richtung ist § 1088 gewiß ebenso kategorisch gemeint wie P.L.R. I 11 § 512: „ein solcher Trödelvertrag kann nur über bewegliche Sachen abgeschlossen werden", und es geht nicht an, so wie Zeiller III S. 391 und früher (3. Aufl.), Krainz II S. 231, dies bloß für den Fall gelten zu lassen, daß die Parteien nicht gleichwohl einen „Trödelvertrag" wollen.

[16] Warum? Dafür gibt es in den drei Fällen des § 1088 verschiedene Gründe. Was Immobilien betrifft (ad a), so widerstrebt ihre Natur als Grundbuchsobjekt (§ 431) dem dem Trödelvertrage eigentümlichen realen Momente daß der „Verkaufsauftrag" des ABGB. Realkontrakt ist, s. oben S. 36 N. 1), vermöge dessen die Übergabe zugleich als eventuelle Eigentumsüberlassung wirken soll darauf hat gut bereits Rippel VII S. 228 f. hingewiesen, — nicht zutreffend diesbezüglich Liebert a. a. O. S. 27): — fehlt es (ad b) an einer bestimmten aestimatio, so bedeutet dies eine völlige Preisgebung an die Willkür des Übernehmers, wenn anders man ihn nicht für verpflichtet erachtet, den Preis „arbitrio boni viri" zu bestimmen, d. h. als Mandatar dabei das Interesse des Auftraggebers zu wahren (hat doch auch das HGB. Art. 376 dem Verkaufskommissionär bei Ausübung des Selbsteintrittsrechtes eine Schranke bezüglich der Preisbestimmung ziehen müssen); — wäre endlich (ad c) kein Termin festgesetzt, so müßte entweder dem Übergeber die beliebige Rückforderung der Sache gestattet werden, also das gerade Gegenteil dessen, was nach § 1086 das Wesen des Verkaufsauftrages ausmacht, oder aber der Übergeber wäre mit gebundenen Händen dem Übernehmer gegenübergestellt, ohne, wie § 1086 voraussetzt, jedenfalls mit einer festen Forderung auf Abführung des Preises der Sache rechnen zu können.

[17] Das wäre etwas ganz anderes, als die Statuierung einzelner Rechtsfolgen der Geschäftskausa ohne Rücksicht auf den Parteiwillen (oben S. 8 N. 33). Deshalb darf § 1088 nicht blindlings dahin verstanden werden, der Vertrag sei statt „Trödelvertrag" ein „Bevollmächtigungsvertrag", wie dies die Kommentare von Stubenrauch, Ellinger und Kirchstetter, auch Schuster S. 54 und Österr. Rechtslexikon IV S. 646 tun; ebenso für das preußische Recht Koch III S. 1008, Förster-Eccius II S. 176 (dagegen Dernburg Pr. R. II S. 553).

verstanden werden: In den drei vom Gebiete des Trödelvertrages ausgeschlossenen Fällen ist, den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend,[18] im Zweifel anzunehmen, daß die Parteiabsicht auf Geschäftsbesorgung für Rechnung und Gefahr des Auftraggebers, d. i. „Bevollmächtigungsvertrag", gerichtet sei. Ist aber nachweisbar der Verkaufsauftrag dennoch lediglich als Ermächtigung zum Verkauf für eigene Rechnung des Übernehmers gemeint, so liegt weder Trödelvertrag, noch Bevollmächtigungsvertrag vor, deshalb aber nicht schlechthin ein ungültiges[19] Rechtsgeschäft, sondern ein unbenannter, nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts zu beurteilender Vertrag.[20]

§ 69.

5. Verhältnis zum Verwahrungsvertrag.

Auch der Verwahrungsvertrag hat eine Dienstleistung zur causa, die „Obsorge" über Sachen,[1] aber eine Dienstleistung rein tatsächlicher Natur; damit ist er ausgeschieden aus dem Gebiete des Bevollmächtigungsvertrags, dessen causa „stellvertretende Geschäftsbesorgung" ist (oben § 64).[2]

Das schließt nicht aus, daß tatsächlich beide Zwecke, Obsorge und Geschäftsbesorgung in Bezug auf einen Gegenstand, und daher beide Rechtsverhältnisse, Depositum und Mandat, nebeneinander bestehen

[18] Vgl. oben N. 16; jetzt Krainz-Ehrenzweig (4. Aufl.) II S. 231 f., der in derartigen Fällen von „Trödelkommission" spricht.

[19] Genauer: dessen Gültigkeit ist nicht durch § 1088 ausgeschlossen, sondern hängt von allgemeinen Grundsätzen ab; so für den Verkaufsauftrag ohne bestimmte aestimatio davon, welche Stellung man zu der Frage des Verkaufes zu einem vom Käufer nach Willkür festzusetzenden Preise einnimmt (oben N. 16, vgl. Nippel VII S. 229 f.), eine Frage, auf die hier nicht eingegangen werden kann.

[20] Darauf wird es auch für das Recht des deutschen BGB. hinauskommen, welches, wohl mit Recht, von der Aufstellung spezieller Normen des „Trödelvertrages" abgesehen hat, weil solche immer wieder „unfehlbar eine große Zahl von Fällen treffen, für welche jene dispositiven Normen nicht passen": D. Mot. II S. 517; vgl. Soergel Rechtsprechung 1906, § 675, 1.

[1] S. oben S. 282 f.

[2] Ganz gut schon Buchner S. 20: „Das unterscheidende Merkmal muß aus dem Zwecke der beiden Rechtsgeschäfte entnommen werden. Das Depositum nämlich beschränkt sich auf Bewahrung der hinterlegten Sache — solius custodiae causa; das Mandat hingegen bezieht sich durchaus auf Geschäftsführung". Vgl. zu dem Gegensatz von „Aufbewahrung" und „Geschäftsbesorgung" jetzt auch Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 288; über das Verhältnis von Verwahrungsvertrag und Auftrag nach gemeinem Recht und nach dem BGB. (für welche die Grenzlinie natürlich anders verlaufen muß als nach dem ABGB., da der „Auftrag" dort an sich jede Dienstleistung umfassen kann) die Dissertation von P. Schneider Depositum und Mandat (1899).

können. Dazu ist hier nur zu erinnern:[3] Ist im konkreten Falle der erste und überwiegende Vertragszweck die „Geschäftsbesorgung" für den Auftraggeber, und eine Sache eben zu diesem Zwecke dem Beauftragten anvertraut, so ist die von letzterem damit übernommene custodia lediglich Ausfluß seiner Diligenzpflicht als Geschäftsführer, nicht causa eines eigenen Obligationsverhältnisses; also nicht Konkurrenz von Depositum und Bevollmächtigungsvertrag, sondern ausschließlich Bevollmächtigungsvertrag.[4] Steht umgekehrt in erster Reihe der Zweck der Verwahrung der Sache, so ändert es an dem Bestande dieser Vertragskausa, somit eines Verwahrungsvertrages, nichts, wenn auch zugleich nebenher vom Verwahrer gewisse Geschäftsbesorgungen zugesagt sind.[5] Allerdings aber läßt in diesem Falle das ABGB., wie sich aus § 960 ergibt, die letztere Verpflichtung nicht gleichsam in dem Verwahrungsvertrage aufgehen, sondern verordnet deren selbständige Beurteilung als Bevollmächtigungsvertrag[6] neben dem die Obsorge über die Sache betreffenden Hinterlegungsvertrag.[7]

6. Verhältnis zum Lohnvertrag.

Der Gegensatz der Geschäftszwecke des Lohnvertrages und des Bevollmächtigungsvertrages — hier stellvertretende Geschäftsbesorgung, dort Dienstleistungen bloß faktischer Natur (Naturalakte) — ist im allgemeinen bereits dargelegt;[8] einzelnes wird noch unten beizubringen sein.[9] Die Verschiedenheit der causae steht jedoch

[3] Näheres darüber ist bereits oben S. 290 f. und besonders S. 293 ff. ausgeführt.

[4] S. oben S. 288; vgl. Troplong Nr. 98.

[5] S. oben S. 291.

[6] Wenn anders diese Nebenleistungen ihrer Natur nach überhaupt unter diesen Begriff fallen, d. i. rechtsgeschäftlicher Natur sind (insoweit kann ich der Begründung Slg. III 928 nicht zustimmen); § 960 scheint nur an diesen Fall zu denken, obgleich füglich auch die Übernahme rein faktischer Dienstleistungen (wie sie noch WgalGB. III § 132 beispielsweise anführte) neben der Verwahrung einhergehen können, vgl. oben § 62 N. 10.

[7] So muß § 960 verstanden werden, wenn er nicht in Widerstreit mit der Begriffsbestimmung des § 1002 geraten soll: „Wird dem Übernehmer zugleich ein anderes Geschäft aufgetragen, so wird er" — in Bezug auf dieses — „als ein Gewalthaber angesehen"; so scheint es auch Zeiller III S. 193 f. zu meinen, vgl. auch Ofner II S. 59. Es ist also weder zutreffend, solche „zugleich" mit dem Verwahrungsvertrag begründete Verpflichtungen das ganze Verhältnis ausschließlich beherrschen zu lassen (Dniestrzanski S. 326 f.), noch auch sie lediglich als „Nebenvertrag" im Sinne eines „Bestandteiles" des ersteren aufzufassen, wie Krainz II S. 71 N. 36, S. 284 N. 7.

[8] Oben § 62, besonders S. 451. Daß die Entgeltlichkeit an sich das Mandat im Sinne des § 1004 nicht zum Lohnvertrag macht (trotz der Bemerkung von Zeiller III S. 273) siehe oben § 60 N. 47.

[9] Unten §§ 71 bis 73.

einem Zusammentreffen beider nicht entgegen. Nicht selten handelt es sich dabei lediglich um

a) eine äußerliche Berührung eines Lohnvertrages und eines Bevollmächtigungsvertrages, mögen nun beide in einem Vertragsakte zusammengefaßt[10] oder auch zeitlich getrennt zur Erscheinung gelangen; ein zufälliges Zusammentreffen,[11] indem die durch das eine Rechtsverhältnis geschaffenen persönlichen Beziehungen zwischen den Kontrahenten nur die Gelegenheit bieten zur Eingehung des anderen.[12] Jedes der zwei Vertragsverhältnisse bleibt hier juristisch selbständig, seinen eigenen Normen untertan.[13] Anders, wo

b) eine wesentliche Verbindung beider Zwecke dem einen Vertrage zugrunde liegt, ein Dienstverhältnis, welches seiner Natur nach sowohl faktische Verrichtungen als stellvertretende Geschäftsführung umfaßt.[14] Auf derartige Verhältnisse ist im § 1027 hingedeutet,[15] die Richtschnur für ihre Beurteilung aber findet sich im Hauptstücke vom Lohnvertrage: § 1159.[16] Vorerst ist so viel sicher:

α) Erscheint als der erste wesentliche Zweck „Geschäftsbesorgung", so liegt lediglich „Bevollmächtigungsvertrag" vor, mögen auch zu deren Durchführung mancherlei, mehr oder minder wichtige Leistungen faktischer Natur erforderlich sein. So wie die „custodia", so bilden auch diese nur ein selbstverständliches Stück der Mandatsobligation,[17] nicht etwa eine konkurrierende Verpflichtung aus einem Lohnvertrag.

[10] Vgl. die Beispiele bei Zeiler III S. 503, auch oben S. 295 N. 36; dazu Lotmar a. a. O. I S. 190 ff.

[11] Vgl. Nippel VII S. 424, von dessen Beispielen aber allerdings die beiden ersten nicht hierher passen, sondern vielmehr zu den im Texte b) erwähnten Verhältnissen gehören.

[12] So z. B. wenn der Herr einen vertrauenswürdigen Diener mit seiner Vertretung in einem Prozesse betraut, oder sonst ein Angestellter einen nicht zu seinen Dienstesobliegenheiten gehörigen Auftrag übernimmt, vgl. Slg. 8245 (wo aber, da es sich nicht um einen rechtsgeschäftlichen Auftrag handelte, nicht eigentlich von einem Bevollmächtigungsvertrage zu reden war).

[13] Lotmar a. a. O. S. 177. Dieser selbstverständliche Satz ist es nicht, welcher den Gehalt des § 1159 ausmacht.

[14] Vgl. damit die „unselbständige Geschäftsführung" bei Tuhr Actio de in rem verso S. 22 ff.

[15] Daß der „Faktor" nicht bloß „bevollmächtigt" ist, sondern im Lohnvertragsverhältnisse steht, sagt ausdrücklich § 1163; über diesen Paragraph siehe noch unten N. 18.

[16] Umgekehrt hat das deutsche BGB. die Norm für die Modifikation des auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienst- oder Werkvertrages (§ 675) in den Titel vom „Auftrag" gestellt.

[17] Vgl. oben bei N. 3 und 4. Gerade so wie man auch keinen mit dem Mandat konkurrierenden Kaufvertrag annehmen wird, wenn der Mandatar etwa irgend ein Schriftstück auf von ihm beigestelltem Papier liefert, sondern diese Lieferung lediglich als Aufwand des Mandatars beurteilen wird; vgl. Lotmar a. a. O. S. 180 N. 2, S. 192 ff.

β) Überwiegt jedoch die Arbeitsleistung tatsächlicher Natur in dem Dienstverhältnisse oder hält sie doch der rechtsgeschäftlichen Vertretung kraft dieses Verhältnisses die Wage,[18] dann wird nicht (wie ad α) die causa der Geschäftsbesorgung von der des Lohnvertrages absorbiert, aber auch nicht (wie ad a) eine Kumulierung zweier verschiedener Verträge[19] angenommen, sondern als Grundlage des Obligationsverhältnisses nur ein Vertrag,[20] u. zw. der Lohnvertrag, auf welchen jedoch, so weit die Dienstleistung des Bestellten sich als „Geschäftsbesorgung" darstellt, die Rechtsnormen des Bevollmächtigungsvertrages anzuwenden sind (§ 1159).[21]

In erster Linie mag dabei im Sinne des ABGB. daran zu denken sein, daß für die Vollmacht des Bediensteten die in dem Hauptstücke vom Bevollmächtigungsvertrag gegebenen Vorschriften

[18] Wie z. B. bei dem Gutsverwalter (Slg. 7147, vgl. auch Slg. N. F. 2904), dem von einer Zuckerfabrik zur Überwachung der Rohproduktion bestellten Vertrauensmann (Slg. N. F. 2231), dem Verschleißer eines Konsumvereines (bedenklich Slg. 13155), dem Administrator eines Hauses (anders früher Krainz II § 382 N. 6), auch der Stellung des Wiener „Hausmeisters" (vgl. Fuchs Der Hausmeister u. sein Recht S. 18 ff.). Hierher gehört auch — und dies erklärt § 1163 — die Tätigkeit des Rechtsfreundes, deren Kern nicht immer gerade die „Vertretung" seines Klienten bildet, sondern die Beratung durch Gutachten, Verfassung von Urkunden oder die Unterstützung durch Rechtsausführungen vor dem Richter neben der persönlich erschienenen Partei (§ 34 ZPO.) usw., also nicht „Geschäftsbesorgung", sondern „Gehilfentätigkeit" (Wach Handbuch des deutschen ZPr. I S. 562 f.), Leistung von Diensten höherer, aber doch bloß faktischer Natur. Eine unberechtigte Phrase ist es daher, wenn Troplong Nr. 223 mit Bezug auf § 1163 sagt: „Nous plaignons le législateur Autrichien d'être tombé dans cette confusion".

[19] Über „Kombination" im Gegensatz zu „Kumulation" und „Absorption" in diesem Sinne s. Lotmar a. a. O. S. 177. Nicht ganz klar heißt es jetzt bei Krainz-Ehrenzweig II S. 284 f., „daß sich in Fällen dieser Art mit dem Lohnvertrage ein Auftrag verbinde".

[20] Der Auftrag erscheint hier in der Tat als „Nebenberedung" (pactum adjectum), welche die Wirkungen des Obligationsverhältnisses modifiziert (Stubenrauch II S. 432 spricht hier von „Hauptverträgen"!), nicht wie im Falle des § 960 (siehe oben N. 7) als selbständig hinzutretendes Geschäft; die verschiedene Ausdrucksweise des § 1159 („die jedem derselben angemessenen gesetzlichen Vorschriften beobachtet") und des § 960 („wird er als ein Gewalthaber angesehen") beruht kaum auf einem Zufall. Bei Krainz II § 315 N. 36 ist daher wohl § 1159, nicht aber § 960 mit Recht zitiert.

[21] Daß § 1159 so zu verstehen ist, bestätigt der „Verwaltungsvertrag" des PrLR., mit welchem dieses (I 14 §§ 109 ff.) ein aus den drei Elementen des Mandats, der Verwahrung und des Dienstvertrages „gemischtes Rechtsverhältnis" (Gruchot Beitr. XV S. 841) zu einem „organischen Rechtsinstitut" zu verschmelzen gesucht hat (vgl. Förster-Eccius II S. 384), und welches, wie sich aus der Fassung von Entwurf Martini III 8 § 27, bezw. WgalGB. III § 278 (die in den früheren Entwürfen noch fehlten) ergibt, für § 1159 vorbildlich war. Mindestens wertlos ist die Heranziehung der „Nebenverträge" über Angeld, Reugeld u. dgl. als Beispiel zu § 1159 bei Zeiller, Nippel und Winiwarter (wie es scheint eine Nachwirkung von Cod. Ther. III 12 Nr. 45 und Entw. Horten III 12 § 17).

gelten.[22] Aber § 1159 reicht doch weiter; als Normen des „Nebenvertrages" sollen auch die Grundsätze des Auftrags für das gegenseitige Verpflichtungsverhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer zur Geltung kommen, so weit eben die bestellte Leistung „Geschäftsbesorgung" ist. Wie weit dies zutrifft, welche Normen also gegebenen Falles aus dem Gebiete des Lohnvertrages, welche aus dem des Bevollmächtigungsvertrages heranzuziehen sind, das zu beurteilen, hat das Gesetz der Jurisprudenz überlassen.[23] Eingehendere Erörterung dieser Frage muß der Lehre vom Lohnvertrage vorbehalten[24] bleiben. Nur zur Illustration des Gesagten sei hier angedeutet:[25]

Einerseits gilt für derartige Lohnverträge, welche eine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstand haben, insoweit auch die Rechnungslegungspflicht (§ 1012)[26] des Mandatars, als eine spezifische Rechtsfolge eben der Geschäftsbesorgung; desgleichen, insoweit er als Vertreter, nicht bloß als Arbeiter des Bestellers aufzutreten hat, für den Bediensteten auch die besondere Treuepflicht (§ 1009) und als deren Ausfluß das Verbot der Geschenkannahme (§ 1013)[27], sowie die Verpflichtung des Bestellten, auch nach Auflösung des

---

[22] Da ja das ABGB. Vollmacht und Auftrag nicht sondert (oben § 61); es kommen also nach § 1159 gewiß zur Anwendung auch auf die im Lohnvertrag begründete Vollmacht etwa die §§ 1007, 1008, 1011, 1016 ff., 1029 ff.

[23] Im Grunde führt also § 1151 auf dasselbe hinaus wie § 675 deutsch. BGB. (vgl. Lotmar a. a. O. S. 183 und 185), welcher die für den Dienstvertrag in Betracht kommenden Auftragsnormen zwar taxativ aufführt, aber doch nur „entsprechende Anwendung" anordnet.

[24] Handelt es sich doch nach dem im Text gesagten um Modifikationen der Normen des Lohnvertrags und nicht des Mandats.

[25] Unsere Kommentare zu § 1159 (und § 1163) dringen nicht tiefer in die Frage ein, auch nicht die Bemerkungen von Dürrigl a. a. O. S. 425, Schreiber Der Arbeitsvertr. S. 7, Dniestrzanski S. 314 (vgl. Das Wesen des Werklieferungsvertrages S. 194 N. 1); besser Schuster S. 111. Auch damit ist natürlich nicht viel gewonnen, wenn es z. B. bei Dernburg Pr. R. II S. 517 heißt: „an erster Stelle die Grundsätze des Dienstvertrages maßgebend, aber auch die Normen des Vollmachtsauftrages greifen daneben ein", oder in den Entscheidungsgründen Slg. 1176: „Wenn auch das Vertragsverhältnis unter die Verträge über Dienstleistungen einzureihen ist, so fällt es doch auch unter den Gesichtspunkt der Bevollmächtigungsverträge".

[26] Die Rechnungslegungspflicht als die wichtigste Folge des Gedankens des § 1159 war im WgalGB. III § 278 ausdrücklich hervorgehoben (was dann als selbstverständlich weggelassen wurde, Ofner II S. 108, vgl. auch Löwenfeld Gutachten aus dem Anwaltstande S. 871); sie ist anerkannt Slg. 4355 und 7147, sollte aber nicht ohne weiteres für jede Werkverdingung statuiert werden, auch soweit dieselbe auf Rechnung des Unternehmers geht, vgl. den Fall Slg. 9163, dazu unten Zus. zu § 80.

[27] Vgl. unten § 76 über die Singularität dieses Satzes, der daher nicht auf den gemeinen Lohnvertrag ausgedehnt werden kann.

Dienstverhältnisses die übernommenen Geschäfte nicht plötzlich im Stiche zu lassen (§§ 1022 und 1025).

Anderseits treten Auftragsnormen hinter den Normen des Lohnvertrages zurück,[28] so § 1004 hinter § 1152 — die gesamte Arbeitsbestellung ist im Zweifel als entgeltliche aufzufassen, nicht wie die Bevollmächtigung nur „nach dem Stande des Geschäftsträgers" — so § 1014 hinter § 1156, was Vorschuß und Ersatz der Auslagen betrifft — so zum Teile §§ 1020 und 1021 hinter §§ 1155 und 1160 bezüglich der einseitigen Lösung des Verhältnisses[29] — wohl auch § 1015 hinter § 1160 (2. Satz) für die Frage der Zufallshaftung.[30]

7. Verhältnis zum Gesellschaftsvertrage.

Geschäftsbesorgung[31] umfaßt auch das Verhältnis zwischen Gesellschaftern, aber Geschäftsbesorgung nicht für fremde, sondern für gemeinschaftliche Rechnung, „zum gemeinschaftlichen Nutzen"[32] (§ 1175). Diesem seinem Zwecke nach steht der Gesellschaftsvertrag immer im Gegensatze zum Bevollmächtigungsvertrage des § 1002;[33] und auch eine Kombination von Mandatsgrundsätzen mit Sozietätsnormen ist ausgeschlossen. Wenn daher § 1190 sagt, das geschäftsführende Mitglied der Gesellschaft sei „als Bevollmächtigter zu betrachten", so kann er — anders als im Falle des § 960 — nicht das Verpflichtungsverhältnis zwischen den Gesellschaftern, sondern

[28] Über das Verhältnis von § 1010 und § 1061 s. unten § 81. Vgl. auch unten § 93 N. 13 über § 22 KO.

[29] Die Vollmacht („nach außen") ist selbstredend auch hier widerruflich „unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse", wie HGB. Art. 54 sehr klar hervorhebt (beides ist vermengt bei Stubenrauch II S. 433 N. 1). Ebenso aber auch die Ermächtigung zur Geschäftsführung („nach innen", s. oben § 61 N. 41); in dieser Beziehung muß allerdings auch vom Standpunkt des reinen Lohnvertrages regelmäßig dasselbe gelten — auch der Arbeitgeber kann dem Bestellten gewiß das Eingreifen in seine Angelegenheiten jederzeit verbieten, unbeschadet der vertragsmäßig dem Bediensteten gesicherten Dienstesstellung (vgl. dazu nur Löwenfeld a. a. O. S. 879 und unten § 91 Z. 7). In Fällen wie Slg. 604 und 1176 brauchte es daher nicht der Berufung auf die Mandatsgrundsätze. Unklar in diesem Punkt Guillouard p. 533 und 539.

[30] Vgl. Slg. 5878 und 8245.

[31] Auch nach der Seite der Entlohnung kann sich das Mandat mit der Gesellschaft berühren; über die Abgrenzung zwischen Gesellschaft und Partiarentlohnung ist aber besser in der Lehre vom Lohnvertrag zu handeln. Vgl. nur Crome Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 24 ff.

[32] „Erreichung eines gemeinsamen Zweckes": § 705 BGB., vgl. Crome a. a. O. S. 18 ff., Lotmar a. a. O. S. 39 f.

[33] Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft — welchem diese als juristische Person gegenübersteht — verwaltet allerdings „fremde" Geschäfte, siehe VGHE. Budwinski VII 1834.

nur das Verhältnis „nach außen" im Auge haben,[34] die Vollmacht des Gesellschafters[35] zur Vertretung, welche sich aus der Kausa des Sozietätsvertrages ergibt.[36]

Beweis dessen, daß für die interne Verpflichtung und Ermächtigung zur Geschäftsführung besondere Normen gegeben sind, so für die Rechnungslegung § 1198,[37] für die Substitutionsbefugnis § 1186, für die Aufhebung der Geschäftsgemeinschaft durch Tod, Konkurs oder Kündigung[38] §§ 1206 f., § 1210, §§ 1211 f.[39]

II.

Gegenstand des Auftrags.

§ 70.

„Die Zulässigkeit des Auftrags steht unter den allgemeinen Vertragsregeln".[1] Daher Ungültigkeit des Vertrages bei völliger Unbestimmtheit des Auftrags[2] (§ 869), bei Unmöglichkeit der Ausführung oder Unerlaubtheit des Vertrages (§ 878).[3] Nur bei letzterer hat die Erörterung des Gegenstands des Bevollmächtigungsvertrages ein wenig zu verweilen, indem sie als dessen

1. Erfordernis die **Erlaubtheit** der Geschäftsbesorgung hervorhebt. „Unerlaubte" Geschäftsführung „kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden" (§ 878). „Rei turpis nullum mandatum est".[4] Die Tragweite dieses Satzes ist für das österreichische Recht allerdings geringer als für das römische oder das neue deutsche Recht; denn Aufträge zu verbrecherischen Taten fallen nach der Begriffsbestimmung des § 1002 zumeist schon wegen ihrer rein faktischen Natur aus dem Bereiche des Mandatsvertrages hinaus.[5] Handelt es

[34] Bedenklich daher Krainz II S. 272, besonders N. 8, Dniestrzanski S. 92 und 332, besser Schuster S. 111. Vgl. auch Slg. 13994.

[35] Vgl. Slg. 13255 und 5276.

[36] Daß diese „Bevollmächtigung" aus der causa des Gesellschaftsvertrages entspringt, war deutlich zum Ausdruck gebracht in Cod. Ther. III Nr. 77 (vgl. dazu § 1185), siehe auch Slg. 5276, Troplong Nr. 98.

[37] Vgl. Slg. 14700.

[38] Vgl. Slg. 5276; dazu Zitelmann Die Rechtsgeschäfte im Entw. II S. 90.

[39] Vgl. auch § 1186, „Nebengeschäfte" betreffend, mit § 1013, ferner § 1193 mit § 1004 (Rippel VII S. 507 f.).

[1] Crome II S. 623; vgl. Zeiller III S. 270.

[2] Vgl. Grünhut S. 53 f. Die Vollmacht kann allerdings auch eine ganz „allgemeine" sein: § 1006.

[3] Buchner S. 44 und 47 f., Winiwarter IV S. 210, Stubenrauch II S. 220 und 225.

[4] L. 6 § 3 D. h. t. 17, 1 (Ulp.).

[5] S. oben § 62. Fälle, wie die in L. 22 § 6 D. h. t. von Paulus angeführten

sich aber um die Herbeiführung eines verbotenen Rechtserfolges, so scheint eben durch das Verbot der Eintritt des Erfolges abgeschnitten zu sein, die Ungültigkeit des darauf abzielenden Auftrages also sich aus dem Gesichtspunkte der (juristischen) Unmöglichkeit der Leistung zu ergeben.[6] Doch trifft dies nicht so oft zu, wie man vielleicht meinen möchte. Auch unser Recht kennt ja leges imperfectae, welche den verbotenen Erfolg nicht schlechthin vernichten.[7] Vor allem aber geht nicht selten in solchen Fällen der Auftrag gerade dahin, das wenngleich de jure wirkungslose Geschäft äußerlich dennoch zu vollziehen, vielleicht in der Hoffnung, daß dessen Ungültigkeit tatsächlich nicht werde aufgedeckt werden,[8] vielleicht mit der Absicht, den verpönten Erfolg durch Umgehung des Gesetzes zu erreichen — ein gewagtes, aber immerhin mögliches Unternehmen also. Und null und nichtig ist der darauf bezügliche Auftrag, nicht weil solche Geschäftsbesorgung unmöglich wäre, sondern weil dem Beauftragten nicht zugemutet, aber auch nicht gestattet werden kann, sich um die Erreichung eines unerlaubten Erfolges zu bemühen.[9]

Daß nun die „Unerlaubtheit" des ABGB. § 878 neben dem „gesetzlich verbotenen" auch den gegen die guten Sitten verstoßenden, den „unmoralischen" Vertrag umfaßt, bedarf hier keiner weiteren Ausführung.[10]

Unerlaubt in diesem weiteren Sinne ist der Auftrag, welcher geradezu die Besorgung eines rechtswidrigen oder unsittlichen Geschäfts zum Gegenstande hat — z. B. der Auftrag zum Abschlusse eines verbotenen börsemäßigen Termingeschäftes in Getreide oder

(Tempelraub, Mord u. dgl.) kommen daher hier nicht in Betracht. Daß anderseits Delikte doch auch durch Rechtshandlungen begangen werden können, braucht kaum noch erst bemerkt zu werden; vgl. unten N. 11.

6 So heißt es ganz allgemein z. B. bei Endemann I S. 692 f.: „Die Leistung ist rechtlich unmöglich, wenn ihre Bewirkung durch Gesetzesverbot ausgeschlossen wird"; s. auch Kisch Krit. Vierteljahrschr. XLIV S. 508 f.

7 So ist — im Gegensatze zu § 138 BGB. — namentlich das Wuchergeschäft nach dem Gesetz vom 28. Mai 1881 nicht schlechthin nichtig, sondern nur mit richterlicher Annullierung bedroht, vgl. oben S. 147 f.

8 Vgl. unten N. 15; s. auch Titze Die Unmöglichkeit der Leistung S. 55 N. 6.

9 „Ut neque rogemus res turpes, nec faciamus rogati": Cic. de amicitia XII. Über den Gegensatz der Ungiltigkeit wegen Rechtswidrigkeit und wegen Unmöglichkeit noch immer richtig Puchta Vorlesungen II S. 5 und Mommsen Beiträge zum Obl. R. I S. 4; vgl. neuestens die treffliche Darstellung von Titze a. a. O. S. 13.

10 S. nur Zeiller III S. 45, Hasenöhrl I S. 425.

Mühlenfabrikaten.[11] Unerlaubt ist aber nicht minder der Bevollmächtigungsvertrag, wenn er eine an sich zulässige Geschäftsbesorgung zum Gegenstande eines unerlaubten Handels macht — so die Übernahme der Prozeßvertretung in der Form der redemtio litis (§ 879 Z. 3), oder gegen eine bedungene Belohnung seitens des zum Armenvertreter bestellten Advokaten.[12] Unerlaubt ist endlich der Auftrag auch dann, wenn zwar nicht das Geschäft, wohl aber dessen Übertragung an eine andere Person,[13] oder doch an eine bestimmte andere Person anstößig erscheint — so, wenn der Mandant durch das Vorschieben einer Zwischenperson die ihm persönlich verwehrte Beteiligung an einem Geschäfte bezweckt,[14] oder wenn (von Bagatellsachen abgesehen) einer Frau (§ 29 Abs. 1 ZPO.) oder wenn einem Winkelschreiber (§ 29 Abs. 2) eine Prozeßvertretung aufgetragen würde.[15]

---

[11] § 16 Absatz 2, Gesetz vom 4. Jänner 1903, RGB. 10, dazu Dr. E. T. GZ. 1900 S. 55, Geller ZBl. XXI S. 530; vgl. auch Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 112 N. 2 und schon Troplong Nr. 30 a. E. Andere Beispiele bei Grünhut S. 52.

[12] Vgl. dazu Lotmar a. a. O. S. 175 und unten § 74 Z. 1. — Hieher gehört auch der Fall Slg. 14960: Der Auftrag, für einen anderen bei einer exekutiven Feilbietung zu bieten, ist an sich gewiß erlaubt, aber er darf nicht zur Verkleidung von nach dem Hfd. vom 6. Juni 1838, JGS. 277 verbotenen Abmachungen mißbraucht werden. — In gewissem Sinne zählen hieher auch „Empfehlungen von Rechtsangelegenheiten" an Richter, von welchen in Pratobeveras Mater. I S. 200 ff. gehandelt ist.

[13] Guillouard p. 333. Wo jede Stellvertretung ausgeschlossen ist, wie zum Teile im Eheprozesse (vgl. Skedl Das österr. ZPrR. I S. 281), oder bei den actus legitimi des röm. Rechts (Buchner S. 49), oder etwa (ohne besondere behördliche Bewilligung) bei der Eheschließung nach § 76 (vgl. Koch III S. 522), liegt allerdings Unmöglichkeit der Geschäftsbesorgung vor, vgl. Dankwardt S. 99. — Daher in solchen Fällen auch keine „Vollmachtshaftung", siehe Hupka Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht S. 115 ff.

[14] Guillouard p. 378.

[15] Vgl. Zeiller III S. 270, Stubenrauch II S. 220, welche zunächst allerdings an die Fälle des Anwaltszwanges denken. Gerade diese möchte ich hier nicht anführen, weil nicht behauptet werden kann, daß die Betrauung eines Nichtadvokaten mit der Vertretung in einer Sache des Anwaltsprozesses inter partes nichtig sei. Es liegt darin keine Unmöglichkeit des Auftrages; denn — abgesehen von dem oben bei N. 8 Gesagten — scheint die tatsächliche (versehentliche) Zulassung eines Nichtadvokaten zur Prozeßführung keinen Nullitätsgrund zu bilden (§ 477 Z. 5 ZPO. erwähnt nur des Falles, daß die Partei „gar nicht" vertreten ist, vgl. auch § 529 Z. 2 ZPO., Skedl a. a. O. S. 285, anders Pollak System des österr. Zivilprozeßrechtes I S. 157?). Es liegt aber auch nicht Unerlaubtheit vor; denn in dem Advokatenzwang ist doch wohl eine prozessuale Ordnungsnorm, aber kein Verbotsgesetz zu erblicken, so wie es allerdings die Vorschrift über die Nichtzulassung von Winkelschreibern (Skedl a. a. O. S. 300 f.) ist, oder die Ausschließung von Advokaten im Verfahren vor den Gewerbegerichten (§ 25 Gesetz vom 27. November 1896, RGB. 218). — Einen anderen Fall der Unfähigkeit zur Übernahme einer Parteienvertretung ergibt § 26 lit. f. StG., vgl. Krainz I S. 173.

In allen derartigen Fällen[16] ist der Bevollmächtigungsvertrag nichtig[17] (§ 878), d. h. es besteht keine Verpflichtung zur Ausführung des Auftrages, keine actio mandati directa, es entsteht aber auch für den Beauftragten aus der tatsächlichen Ausführung kein vertragsmäßiger Vergütungsanspruch, keine „actio contraria".[18] Ob etwa die „turpitudo" nur auf den einen der Kontrahenten fällt oder ob insbesondere etwa der Mandatar in Unkenntnis der Sachlage guten Glaubens an die Besorgung ging, das kann für diese Frage[19] nichts verschlagen. Lediglich außerkontraktliche Ansprüche mögen daraus entspringen, sei es auf Grund der Irreführung, culpa in contrahendo, sei es auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung des einen oder anderen Teiles. Auf beide Momente weist bekanntlich der Schlußsatz des § 878 hin.[20]

Aus der Nichtigkeit des unerlaubten Bevollmächtigungsvertrages folgt von dem Standpunkte des ABGB., welchem die Vollmacht nur als die äußere Seite des Auftrags erscheint, auch der richtige, aber allerdings aus anderen Gründen richtige Satz, daß eine Stellvertretung in Bezug auf Delikte unmöglich ist.[21] Wer im Auftrage, auf Befehl eines Anderen eine unerlaubte Handlung begeht,

[16] Daß man nicht darüber hinausgehen und insbesondere nicht jeden Vertrag, der auf unmoralischer Gesinnung beruht, für nichtig halten darf (darin scheinen Kohlers „Ideale im Recht", Archiv für bürgl. Recht V S. 161 ff. zu weit zu gehen), darüber siehe nur Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 77 f. Damit dürften sich auch die Bedenken Isays S. 90 f. in den von ihm gewählten Beispielen erledigen; insofern richtig gegen ihn Brückmann Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag S. 18 f.

[17] Ein anderes ist die Verpflichtung zur Ablehnung von Aufträgen, wovon unten § 74; ein anderes auch die Ausführung des Auftrags mit unerlaubten Mitteln, wovon unten § 77.

[18] So auch Lotmar a. a. O. S. 35, Grünhut S. 52. — Vgl. unten § 74 N. 7. Daß Isay S. 91 zu abweichenden Schlüssen kommt, erklärt sich aus dem gewählten Ausgangspunkte (vgl. oben § 64 N. 10), spricht aber kaum für diesen. Nicht richtig wohl auch Dernburg Pr. R. II S. 518 N. 10. — Im klassischen Rechte war die volle Bedeutung der Nichtigkeit des unerlaubten Auftrages sozusagen greifbar. Wo „nullum mandatum", da versagt die demonstratio der Mandatsformel „et ideo hac actione non agetur" — so folgert Ulpian in der oben (N. 4) berufenen L. 6 § 3 h. t. (vgl. Lenel Ed. perp. S. 236); das gilt aber für die actio contraria genau so wie für die directa.

[19] Nur für die Frage der Rückforderung des auf Grund der turpis causa bereits Geleisteten ist dies von Belang, vgl. § 1174; darüber Lotmar a. a. O. S. 60 f. Mindestens unklar ist daher die Berufung auf § 1174 bei Zeiller III S. 270. Unrichtig auch Buchner S. 48, richtig dagegen S. 50.

[20] Ebenso § 307 BGB., vgl. Titze a. a. O. S. 224 f.

[21] Vgl. nur Regelsberger Pand. I S. 580 f., Brinz Krit. Blätter II S. 3, übrigens auch oben § 62 N. 8 und unten § 77 N. 17.

haftet persönlich aus seinem eigenen Tun,[22] der Auftraggeber aber nicht etwa als „dominus negotii" vermöge der Vertretungswirkung (§ 1017), sondern aus eigener persönlicher Schuld als Anstifter des Delikts (§ 1301); und ein etwaiger Regreß zwischen beiden stellt sich nie als Anspruch aus dem Auftrag (§ 1014) dar, sondern als Ausfluß des Korrealitätsverhältnisses, welches das Gesetz statuiert (§ 1302).

2. Daß der Auftrag auch Geschäftsbesorgung in **öffentlichrechtlichen** Verhältnissen zum Gegenstande haben kann,[23] ohne deshalb den Charakter des privatrechtlichen Bevollmächtigungsvertrages zu verlieren, soll hier nur kurz angemerkt werden. Die Frage, ob und wie und mit welcher Wirkung das einzelne Rechtssubjekt[24] auf einem bestimmten Gebiete der öffentlichen Interessen durch Stellvertreter sich betätigen kann und darf,[25] kurz die Frage der „Vollmacht", gehört allerdings dem jus publicum an.[26] Aber das Obligationsverhältnis und die Pflichten und Rechte zwischen Mandanten und Mandatar haben doch nur ihre gegenseitigen Privatinteressen zum Gegenstande[27] und stehen daher unter den Normen des bürgerlichen Rechts.[28]

---

[22] Natürlich culpa auf seiner Seite vorausgesetzt (wie Koch III S. 521 richtig betont). Nur unter diesem Gesichtspunkte spielt auch die Frage nach der Verantwortlichkeit für die Ausführung des rechts- oder sittenwidrigen Befehls eines Vorgesetzten herein, welche in der älteren Literatur aus Anlaß des „mandatum turpe" erörtert zu werden pflegt (siehe z. B. Leyser Meditat. ad Pand. XVII 1, Spec. 183, vgl. PrLR. I 13 § 20 und I 6 §§ 51 f., auch Zeiller oder Winiwarter zu § 1301). Zu diesem nicht eigentlich hieher gehörigen Problem (vgl. oben § 65) sei nur soviel bemerkt: Soweit es sich um privatrechtliche „Befehle" handelt, kann überhaupt von einem Pflichtenkonflikte keine Rede sein, weil eben mandatum rei turpis nullum, der Fall, welchen Zeiller III S. 722 voraussetzt, also gar nicht eintreten kann; ein Interessenkonflikt aber kann sich immerhin ergeben, und es wird sich kaum so ausnahmslos wie bei Hasenöhrl II S. 156 N. 55 behaupten lassen, daß der in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Auftraggeber stehende Mandatar, welcher unter dem psychologischen Zwange dieses Konfliktes einem rechtswidrigen Auftrage Folge leistet, nicht unter Umständen exkulpiert erscheine (darauf scheint auch Unger II S. 48 N. 15 hinzudeuten, vgl. auch Regelsberger Pand. I S. 644).

[23] So ausdrücklich Röser Gruchots Beiträge VII S. 510 für das preuß. Recht (ALR. I 13 §§ 18 f.) Fischer S. 446 f., Förster-Eccius II S. 350 f. N. 17.

[24] Daß die Beauftragung amtlicher Organe mit Stellvertretung in amtlichen Funktionen nicht hieher gehört, braucht kaum gesagt zu werden; vgl. Förster-Eccius II S. 362 N. 67.

[25] Vgl. Tezner Handb. des österr. Administrativverfahrens S. 98 f. und 102. Auf den Mandatsvertrag wirken einschlägige Beschränkungen der Stellvertretung nur unter dem Gesichtspunkte (oben 1) der Unerlaubtheit oder Unmöglichkeit des Auftrags zurück.

[26] Nebenbei: auch dies ein Punkt, wo sich die Sonderung von Vollmacht und Auftrag (oben S. 431) bewährt; einen anderen solchen Punkt siehe noch unten § 74 N. 10.

[27] Das subjektive öffentliche Recht „erschöpft sich in der Beziehung des Individuums zum Staate": Jellinek System der subjektiv. öffentl. Rechte S. 48

[28] Vgl. Tezner a. a. O. S. 100, und über Privatrecht als Voraussetzung

§ 71.

Die allgemeinen Bedingungen der Vertragsgültigkeit vorausgesetzt, kann jede Geschäftsbesorgung in dem Sinne des § 1002 Gegenstand des Bevollmächtigungsvertrages sein. Es ist bereits ausgeführt, daß dies „stellvertretende" Geschäftsführung bedeutet (oben § 62), oder mit anderen Worten, daß die causa, welche dies Vertragsverhältnis charakterisiert, in der Bestellung des Beauftragten als Organ des Auftraggebers liegt, welches nun selbsttätig über dessen Rechtssphäre zu beschließen und zu verfügen hat (oben § 64). Die Grenzen der Stellvertretung sind daher für das österreichische Recht auch Grenzen des Mandatsvertrages. Der genaueren Absteckung dieser Grenzen der „Geschäftsbesorgung"[1] nach gewissen Richtungen gelten noch die folgenden Punkte.

3. **Der Botenauftrag** fällt außerhalb des Rahmens des Bevollmächtigungsvertrages.[1a]

Ein Vertragsgehilfe, welcher lediglich den von seinem Auftraggeber bereits in bestimmtem Ausdruck gefaßten Geschäftswillen mitteilt, mag er nun dessen Erklärung in körperlicher Form — als „Briefträger"[2] — überbringen, oder als mündliche Botschaft bestellen, hat
Zusatz. der **„Bote"** eben das nicht zu tun, was die causa des Mandatsvertrages ausmacht, nämlich irgendwie über die Rechtssphäre des Mandanten zu beschließen; seine Tätigkeit dient dem Rechte des Geschäftsherrn, aber sie verfügt nicht über dasselbe. In diesem Sinne ist sie

öffentlichen Rechts überhaupt Jellinek a. a. O. S. 60 ff.; in Betreff des Auftrags zu prozessualer Stellvertretung R. Schmidt Lehrb. S. 247, Schuster S. 111.

[1] Ob diese Abgrenzung — deren Grundlage, wie ich noch einmal betonen möchte (siehe oben S. 448 ff.), nicht aus feststehend vorausgesetzten Begriffen abgeleitet, sondern durch den Rückschluß von den gesetzlich normierten Wirkungen (§ 1017) des Auftrags auf dessen Zweck (causa) gewonnen wurde — auch für die „Geschäftsbesorgung" des § 675 (und § 662?) des deutschen BGB. (siehe dazu oben § 62 N. 27) zu verwerten ist, kann hier nur als offene Frage erwähnt sein. Es ist gewiß nicht Zufall, sondern in dem historischen Zusammenhange jenes § 675 mit den Kodifikationen des österreichischen und preußischen Rechtes begründet, wenn in dem Streite der Meinungen über denselben (s. oben § 62 N. 32) gerade auch Auffassungen von der „Geschäftsbesorgung" namhafte Vertretung gefunden haben, welche sich mit der hier für das ABGB. dargelegten nahe berühren oder völlig decken; vgl. D. Protokolle II S. 377, dann Cosack I S. 513 f. („rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührende Tätigkeit"; ebenso Isay S. 44 f.), dessen Formulierung allerdings durch die beigefügten Beispiele nicht klarer wird, auch Bormann Erklärung der „Geschäftsbesorgung" S. 28 f.

[1a] Vgl. Slg. N. F. 2511.

[2] Regelsberger Pand. I S. 586; Tartufari Della rappresentanza nella conclusione dei contratti p. 516 will den „Briefträger" gar nicht als „Boten" gelten lassen.

rein faktische Mitwirkung[3], wie die eines mechanischen Werkzeuges, der Vertrag über solche Dienstleistung daher, wenn entgeltlich, ein Lohnvertrag — wenn unentgeltlich, jener unbenannte Vertrag (oben S. 453), welcher mit dem Mandate zwar verwandt, aber nicht identisch ist.

Sobald jedoch einem sogenannten Boten in einzelnen Punkten die Entscheidung über Abschluß oder Inhalt des Geschäftes überlassen wird, tritt er, für diese Punkte nicht mehr als bloßes Werkzeug, sondern als juristisches Organ des Auftraggebers, somit als Stellvertreter auf. Welche Bedeutung immer nun bezüglich der Vertretungswirkung nach außen der Scheidung des Ausschnittes des Geschäftsabschlusses, über welchen der Beauftragte verfügt, von demjenigen, über welchen er nur die Botschaft überbringt, zukommen mag — der Auftrag darf gewiß in solchen Fällen nur als einheitlicher, die causa als untrennbare betrachtet werden, und deshalb ist zu sagen: So oft der Auftrag auch nur in einem Punkte über die reine Botentätigkeit hinausgeht, liegt ein Bevollmächtigungsvertrag vor.[4]

Anderseits entscheidet nur die stellvertretende Mitwirkung, nicht der tatsächliche Einfluß auf das Zustandekommen des Geschäftes. Der technische oder juristische Berater des Kontrahenten oder der Verfasser des Konzepts eines Vertragsentwurfes hat nicht selten eine weit entscheidendere Stimme, als der zu dem Abschlusse Bevollmächtigte, im psychologischen Verstande sind vielleicht sie die Erzeuger des Vertragswillens; aber der Entschluß und die Erklärung, welche die Perfektion des Geschäfts herbeiführen, sind doch nur persönliche Äußerungen ihres Prinzipals, während ihnen nur die Rolle eines, wenn auch noch so bedeutenden „Handlangers" bleibt.[5] Ihre Dienstleistungen gehören daher dem Gebiete des Lohnvertrags und nicht des Bevollmächtigungsvertrages an.[6]

4. Ganz Ähnliches gilt von dem **Geschäftsvermittler** (Mäkler).[7] Der Vermittler im eigentlichen Sinne des Wortes ist lediglich „gegenseitiger Bote"[8] der Vertragsparteien — allerdings ein Bote, welcher, wie

[3] A. M. Schliemann Ztschr. f. HR. XVI S. 5ff., s. dagegen den Zusatz.

[4] Vgl. den Zusatz Z. 3.

[5] Vgl. Leonhard Der allg. Teil des BGB. S. 301.

[6] Dem entspricht betreffs der „Rechtsfreunde" § 1163, vgl. oben § 69 N. 18.

[7] F. Mayer Mäkler und Agenten nach österr. Rechte, GZ. 1899 Nr. 3 bis 6.

[8] Regelsberger P. I S. 587, vgl. auch Fleck Arch. für bürgl. Recht XV S. 393, Crome I S. 452; anders Dolinski Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen S. 94 f.

die oben (zu 3.) zuletzt erwähnten Vertragsgehilfen, zumeist weitgehenden Einfluß nimmt auf den Geschäftsabschluß,[9] aber doch nur indirekt durch seine suggestive Tätigkeit.[10] Formell trägt er nur die Nachricht von den Geschäftsabsichten[11] der Kontrahenten von einem zum anderen; beschließen und verfügen über das Geschäft selbst ist nicht seine Sache und deshalb sein Verhältnis zum Auftraggeber das des Lohnvertrages.[12] Die dem Bevollmächtigungsvertrage eigenen Normen leiden auf ihn keine Anwendung,[13] so, um nur eine hervorzuheben, das Verbot der Annahme eines Lohnes auch von der Gegenseite (§ 1013).[14]

Aber auch hier, und hier mit Rücksicht auf die praktische Gestaltung der Dinge ganz besonders, ist zu beachten, daß dem Ver-

[9] Nur in diesem Sinne kann man, wie z. B. Pollitzer Das österr. Handelsrecht S. 130, sagen, der Mäkler sei „nicht einfacher Bote". Völlig verwischt ist die Unterscheidung zwischen Stellvertretung und Vermittlung bei Toldy GH. 49. Jahrg. Nr. 5 und 6.

[10] Er soll wohl den anderen Teil zum Abschluß „bereden": Slg. 6467.

[11] Zunächst wird er nicht selten eben nur Absichten melden, also noch nicht fertigen Geschäftswillen, Offerten überbringen; aber das läßt sich doch nicht so schlechthin behaupten, daß daraus folgen würde, der Makler sei begrifflich auch kein Bote, wie Tartufari l. c. p. 69, scheinbar auch Unger II S. 129 N. 2; richtig Canstein Lehrbuch des österr. Handelsrechts I S. 387 f.

[12] So auch die herrschende Lehre, s. Krainz II S. 284 N. 6, Schreiber Der Arbeitsvertrag S. 12, Mayer a. a. O. S. 18, vgl. auch Crome Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 408 und 412; a. M. Dniestrzanski S. 317 und 321 (für das deutsche BGB. sollten alle Zweifel dadurch beseitigt sein, daß das Gesetz den Mäklervertrag als eigenen „Typus von Arbeitsvertrag" normiert hat, vgl. Lotmar a. a. O. I S. 281; s. aber über, bezw. gegen die Bedenken bezüglich der Klagbarkeit der Verbindlichkeit des Mäklers Woltersdorf Die rechtliche Natur des Mäklervertrages (1905) und die dort S. 22 N. 1 Angeführten, ferner namentlich Dernburg Bürgl. Recht II 2 § 338. Auch unsere Praxis beurteilt den Mäklervertrag nicht als Bevollmächtigungs-, sondern als Lohnvertrag, siehe besonders die Entscheidungen Slg. 8906 und N. F. 81, dann Slg. 2040, 3512, 14878, 15780, N. F. 2511 und die Entscheidungen bei Manz § 1155 N. 4.

[13] Auch nicht die Rechnungslegungspflicht. Schon Troplong Nr. 66 sagt vom „courtier": „il n'a rien géré, il n'a pas de compte à rendre".

[14] Vgl. Art. 83 des Gesetzes vom 4. April 1875, Nr. 68 RGB.; Grünhut S. 64, Crome a. a. O. S. 401 f., 412 und 427 f., Krainz II S. 287 N. 13. So auch mit vortrefflicher Begründung Slg. 8906, ferner Slg. N. F. 81. Damit steht nicht im Widerspruch, daß es auch vom Standpunkte des Lohnvertrages eine Pflichtwidrigkeit ist, wenn der Mäkler (bei einem Kaufgeschäfte) die Gegenleistung des einen Kontrahenten herabdrückt, um die Differenz als Provision von demselben zu erlangen, wie es wohl in den Fällen Slg. 3512 und 7663 zutraf; vgl. in dieser Beziehung die richtigen Bemerkungen von Mayer a. a. O. S. 18 f. gegen Staub Komm. S. 331 f., auch Dernburg Pr. R. II S. 557 N. 20, bürgl. Recht II 2 S. 487 f., DRG. IV S. 223 f. und 292. Die „Vertrauensstellung" des Mäklers zum Auftraggeber, von welcher Woltersdorf a. a. O. S. 38 ff. u. A. sprechen, ist etwas anderes als die spezifische „Treuepflicht" des Mandatars; vgl. unten § 76 N. 8.

mittler nicht selten doch mehr als diese bloß tatsächliche Dienstleistung übertragen wird, insoferne er zugleich zu bindender Entschließung und Willenserklärung im Namen seines Mandanten — sei es nun bezüglich einzelner offener Fragen, sei es bezüglich des ganzen Handels — ermächtigt erscheint.[15] Ob dies der Fall ist, kann nur in concreto nach der Lage aller Umstände ermessen werden; insbesondere der Name, den der Beauftragte führt, ob er sich „Makler", „Agent"[16] oder „Repräsentant" u. dgl. nennt, ist nicht das entscheidende. Wenn es aber der Fall ist, daß ihm in irgend einem Punkte Vertretungsmacht zusteht, dann gilt von ihm, was oben vom Boten im allgemeinen gesagt ist: Dann steht sein Verhältnis zu dem Auftraggeber nicht mehr unter den Normen des Lohnvertrages, sondern schlechthin unter den Normen des Bevollmächtigungsvertrages.[17]

Zusatz. Der Gegensatz von „**Bote**" und Stellvertreter ist meines Erachtens trotz aller dagegen vorgebrachten Einwendungen[18] nicht zu beseitigen. — 1. Den Streit über gewisse Formeln — ob der Bote der Gattung oder nur der Art nach vom Stellvertreter verschieden sei, ob die Unterscheidung zwischen Vertretung im Willen und Vertretung in der Erklärung oder zwischen faktischer (natürlicher) und juristischer Mitwirkung[19] für fremde Rechtsgeschäfte die Lösung des Problems in sich berge — kann man füglich auf sich beruhen lassen; so viel wird man zugeben müssen, daß vom Standpunkte des Geschäftsherrn, der einen Vertragsgehilfen[20] heranzieht, ein gewaltiger Unterschied besteht zwischen einem Gehilfen, dem in gar keinem Punkte die Entscheidung übertragen wird, ob und mit welchem Inhalt das Geschäft zu stande kommen soll, und demjenigen, dem die

[15] Vgl. Tartufari l. c. p. 70, Mayer a. a. O. S. 17.

[16] Siehe über die vieldeutige Bezeichnung des „Agenten" Malsz Ztschr. für H. R. XIII S. 68 ff., Grünhut S. 62 ff., Canstein a. a. O. S. 402 f., Mayer a. a. O. S. 28, Herrmann Die rechtliche Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Agenten (1897) und die daselbst S. 3 angeführte Literatur, Crome a. a. O. S. 396 ff.

[17] Vgl. den Zusatz a. E. Über „partiarische" Entlohnung des Agenten siehe Crome a. a. O. S. 406 f.

[18] Das Schwergewicht der einschlägigen Kontroversen liegt auf der Seite der Stellvertretungslehre, weshalb dieselben hier nicht eigentlich zur Behandlung stehen; vgl. darüber namentlich Fleck Der Bote, Arch. für bürgl. Recht XV S. 337 ff. Keinen wesentlichen Fortschritt bedeutet die Schrift von Aßmann Die Rechtsstellung des Boten (1906); die auch in diesem Punkte durchaus negativen Ausführungen Schloßmanns Die Lehre von der Stellvertretung I S. 304 ff. scheinen mir nicht förderlich, s. dagegen auch Binder Krit. Vierteljahrschr. XLVI S. 355 f.

[19] Dieser Gegensatz, wie ihn Jhering Jahrb. f. d. Dogm. I S. 275 ff. gefaßt hat (s. dagegen schon Unger II S. 130 N. 3 und Laband Ztschr. für H. R. X S. 191) ist nicht identisch mit dem im folgenden betonten.

[20] Den Ausdruck hier im weitesten Sinne genommen, wie etwa bei Dolinski Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen S. 14 ff.

Beschlußfassung darüber anvertraut wird. Letzterer ist bestellt, um als rechtliches Organ[21] direkt oder indirekt über die Rechtssphäre seines Auftraggebers zu verfügen;[22] und daß er dies kann, beruht auf der von der Rechtsnorm seinem Auftreten zuerkannten Wirkung, der „Vertretungsmacht". Diese in doppeltem Sinne juristische Tätigkeit aber macht die eigenartige, unter der Sanktion besonderer Treue stehende causa eben des Bevollmächtigungsvertrages aus.[23] Nicht auf derselben Höhe steht der Auftrag der Gehilfen der ersten Kategorie, und zu diesen gehört der „Bote", wenn anders man darunter denjenigen versteht, dessen Aufgabe sich darin erschöpft, die Mitteilung von dem Geschäftswillen des Auftraggebers zu einem Anderen zu befördern.[24] Ihm ist keine Verfügung über Recht oder Pflicht des Geschäftsherrn zugemutet oder anvertraut,[25] und der Erfolg, den seine Besorgung in dieser Richtung erzielt, beruht nicht auf einer rechtlichen Qualifikation seines Tuns, sondern ist lediglich das tatsächliche Ergebnis[26] eines natürlichen Kausalzusammenhanges.[27] Wohl hat man gemeint, der Bote sei doch auch im Rechtssinne „Mitschöpfer" des Rechtsgeschäfts, er habe „wahren rechtsgeschäftlichen Willen", denn er müsse jedenfalls den Willen haben, die Erklärung zu überbringen, und es hänge also zuletzt doch von ihm ab, ob das Geschäft zu stande komme.[28] Letzteres

---

[21] Siehe oben S. 460. Gerade entgegengesetzt wird der Bote im Gegensatz zum Stellvertreter als „Organ" bezeichnet bei Krainz II S. 39 N. 19 („geradeso nur Organ des Absenders wie der Brief!") oder Tartufari a. a. O. p. 17.

[22] „Abschluß eines Geschäftes über einen fremden Herrschaftskreis": Leonhard Der allg. Teil des BGB. S. 298, vgl. Windscheid-Kipp I § 73 N. 1.

[23] S. oben § 64.

[24] Mit Recht ist gesagt worden — siehe Hellmann Die Stellvertretung S. 8, Fleck a. a. O. S. 348 —, daß jede Erweiterung des Botenbegriffes über diesen Punkt hinaus zum Aufgeben des ganzen Begriffes führen müsse.

[25] Darüber geht aber auch schon der Auftrag (eines Agenten) hinaus, unter Vorbehalt der Genehmigung des Prinzipals abzuschließen (Mayer a. a. O. S. 36 f.: das ist Vollmacht, weil der Agent eben ein bedingtes Geschäft mit den Rechtswirkungen eines solchen im Namen des Auftraggebers zum Abschluß bringt.

[26] Ziemlich allgemein wird, wenn auch in recht verschiedenen Wendungen, die bloß tatsächliche Natur der Leistung des Boten im Gegensatz zur juristischen des Stellvertreters hervorgehoben; so sagt bereits Buchner § 39, der Bote „hat als solcher keine rechtliche Eigenschaft" — fügt aber sonderbarerweise bei: „sondern stellt ganz denjenigen vor, der ihm die Botschaft auftrug", siehe ferner Unger II S. 129 ff., Brinz IV S. 338 („was der Bote tut, ist gemeine Dienstleistung"), Tartufari a. a. O. p. 520 s., Burckhard II S. 422, Hasenöhrl I S. 400 ff., Mayer a. a. O. S. 18, Kohler I S. 431.

[27] Deshalb kommt unrichtige Bestellung der Botschaft lediglich unter dem Gesichtspunkte der fehlgegangenen Willenserklärung, gleichwie ein Versagen der eigenen Muskeltätigkeit (vgl. Cosack I S. 213 f.), in Frage, nicht aber unter dem Gesichtspunkte der Haftung des Geschäftsherrn aus dem Tun und Lassen seines Stellvertreters, für das ABGB. also § 871, nicht § 1016 (so richtig Slg. 2109 und Burckhard II S. 430 N. 19). In der Tat tritt im deutschen BGB. § 120 die Figur des Boten gerade mit Rücksicht auf diese Frage hervor, vgl. Fleck a. a. O. S. 341 ff.

[28] So namentlich Mitteis Die Lehre von der Stellvertretung S. 131, vgl. auch Cosack I S. 219.

ist wahr. Allein, daß der Bote das Geschäft selbst verhindern kann, wenn er will, liegt nicht daran, daß er dazu irgend *rechtliche* Macht hätte, sondern nur daran, daß er *tatsächlich* in der Lage ist, das Einlangen der Erklärung des Geschäftsherrn bei dem Adressaten zu vereiteln, nicht mehr und nicht weniger, wie irgend ein Dritter, der einen Brief oder eine Botschaft „abfängt", und den deshalb doch niemand unter die „Stellvertreter" rechnen wird. Erklärt sich doch nur so, was niemals bezweifelt worden ist, daß als „Bote" auch eine vollkommen handlungsunfähige Person verwendet werden kann.[29] Die causa des *Botenauftrags* ist daher nicht die des Bevollmächtigungsvertrages, sondern die des gewöhnlichen *Dienstvertrages*. Schon von diesem Standpunkte ist die Scheidung des Boten vom Stellvertreter keine müßige. Welche Bedeutung der Gegensatz sonst für die Stellvertretungslehre haben mag, ist hier nicht weiter zu untersuchen; ihm in dieser Richtung jede Bedeutung abzusprechen, wird man aber darnach von vorneherein wenig geneigt sein. — 2. Die Frage, wie sich der Bote in der praktischen Erscheinung „*nach außen*" vom Stellvertreter abhebt, kann dem Gesagten zufolge nur den Sinn haben: Ob jemand Bote im engeren Sinne ist, oder mehr als das, darüber kann lediglich die causa seines *Auftrags* entscheiden,[30] je nachdem ihm, wie gesagt, nur die Übermittlung einer Erklärung oder in irgend einem Punkte die Verfügung über das Geschäft anheimgegeben ist; wie aber, wenn das Auftreten des Boten „nach außen" mit jener causa seines Auftrags nicht übereinstimmt? Zweierlei ist möglich: Vorerst, daß der Bote, der dem Dritten gegenüber die Rolle des über den Geschäftsinhalt selbst beschließenden Vertreters spielt, nichts anderes ist als ein „*falsus procurator*".[31] Möglich aber auch, daß der Bote trotz fehlenden Auftrags zur Geschäftsbesorgung dennoch

---

[29] *Regelsberger* P. I S. 587, *Hasenöhrl* I S. 404.

[30] Daß alle Versuche, ein formales Kriterium in dem äußeren Auftreten des Beauftragten, der Fassung seiner Erklärung gegenüber dem Dritten, zu finden (siehe *Fleck* a. a. O. S. 360 f., auch *Dolinski* a. a. O. S. 88 f., *Burckhard* II S. 425 f. N. 10), vergeblich sind, hat *Hellmann* Die Stellvertretung S. 9 ff. treffend ausgeführt; vgl. auch *Bekker* Jahrb. f. d. Dogm. XLIX S. 35 f.

[31] Vgl. *Mayer* a. a. O. S. 37. — Schwieriger ist der entgegengesetzte Fall: Wenn der wirkliche Bevollmächtigte dem Dritten gegenüber lediglich als Bote auftritt, so möchte man vom streng formellen Standpunkte meinen, dann handle er jedenfalls nicht in „offener Vollmacht" (§ 1017), daher nicht mit Stellvertretungswirkung. Eine natürlichere Auffassung aber wird doch sagen müssen, ein solcher Pseudobote gebe dem Dritten nicht ein Weniger oder ein anderes als seinen Auftrag, sondern ein Mehr kund. Seine Behauptung, was er bestelle, sei der Willensentschluß und die Erklärung seines Mandanten, enthalte, a majori ad minus, die Versicherung, letzterer wolle das, was er bestelle, gegen sich gelten lassen. Und soferne er nun, vorausgesetztermaßen, die Vollmacht wirklich hat, liegt somit mindestens die Analogie eines Handelns in offener Vollmacht vor und greifen daher die Stellvertretungswirkungen Platz. So meint, wie es scheint, auch *Hasenöhrl* I S. 403 N. 8, anders dagegen *Burckhard* II S. 427 N. 11 und auch *Fleck* a. a. O. S. 386 ff.

„Vertretungsmacht" hat infolge des „Offenheitsprinzips", auf welchem letztere beruht (oben S. 431). Denn nicht selten wird die gesamte sonstige Stellung des Boten in seinen Beziehungen zu seinem Auftraggeber sich Dritten so darstellen, daß diese ihn als zur Stellvertretung ermächtigt ansehen dürfen — kraft „stillschweigender" Vollmacht (§§ 1029 ff.). Handelt der Bote unter solchen Umständen als Geschäftsführer im Namen seines Prinzipals, so tritt die Wirkung wahrer Stellvertretung ein, wenngleich sein Auftrag bloß auf Übermittlung einer Botschaft ging,[32] wie ja auch sonst „Vollmacht" ohne „Auftrag" bestehen kann (oben § 61 a, α). — 3. Die Abgrenzung darf nicht formalistisch genommen werden. Daß zahllose Abstufungen vom Generalbevollmächtigten bis herab zum reinen Boten führen, hat Mitteis[33] dargestellt. Ein und dieselbe Person kann für gewisse Geschäftspunkte selbst beschließender Stellvertreter, für andere bloß Überbringer der Entschlüsse des Geschäftsherrn sein. Ob und für welche dieser Zwischenstufen man noch den Namen eines Boten gelten lassen will, ist Nebensache. Die neuere Theorie ist darüber ziemlich einig, daß, was die Vertretungswirkung, insbesondere die Haftung des dominus negotii gegenüber Dritten betrifft, jedenfalls jene beiden Gruppen von Geschäftspunkten zu scheiden sind. Ebenso gewiß aber scheint es mir, daß für die causa des Obligationsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Beauftragten solch formale Trennung naturwidrig wäre. Für die einheitliche causa derartigen Auftrags aber ist das maßgebende Moment die anvertraute Verfügung über die Rechtssphäre des Mandanten, und daher das ganze Verhältnis als Bevollmächtigungsvertrag zu beurteilen,[34] sobald dies auch nur für einen einzelnen Punkt zutrifft.

[32] Siehe den Fall bei Adler-Clemens XI 2108 (GH. 1900 Nr. 22); in dieser Entscheidung wird übrigens nicht, wie Randa Das österr. Handelsrecht I S. 183 meint, behauptet, daß jemand „im inneren Verhältnis Bote, im äußeren Bevollmächtigter sein könne", sondern ganz richtig die Frage gestellt, ob die betreffende Person als Stellvertreter der einen oder als Bote der anderen Partei zu betrachten sei.

[33] „Eine gewisse praktische Bedeutung" läßt übrigens auch Mitteis a. a. O. S. 135 f. für den Begriff des Boten gelten.

[34] Nicht etwa als eine Modifikation des Lohnvertrages in dem oben § 69 dargelegten Sinne nach § 1159; mit der Andeutung, daß „in manchem Lohnvertrage ein Stück Bevollmächtigung steckt" (Mayer a. a. O. S. 18), ist dem Verhältnisse kaum Genüge getan, noch weniger allerdings durch die Annahme einer „idealen Konkurrenz zweier Vertragsfiguren" bei Stubenrauch II S. 223 N. 1 f. dagegen oben S. 296 N. 42). Dabei denke ich allerdings nur an den einzelnen Botenauftrag. Für gewisse ständige Dienstverhältnisse (z. B. der Handelsagenten i. e. S., s. Mayer S. 36), welche zunächst im wesentlichen faktische Dienstleistungen (z. B. Vermittlerdienste) zum Zweck haben und nur gelegentlich zu einer Bevollmächtigung Anlaß geben (siehe oben S. 493) trifft in der Tat der Gesichtspunkt des § 1159 zu.

§ 72.

5. Sind Erwerb, Ausübung oder Aufgeben des **Besitzes** für einen anderen „Geschäftsbesorgung" im Sinne des § 1002, also Gegenstand des Bevollmächtigungsvertrages? Die Frage ist von Belang; denn die im Bisherigen ausgeschlossenen Verrichtungen bloß faktischer Natur, wie z. B. die des Boten, bringen es oft, ja vielleicht in der Mehrzahl der Fälle, mit sich, daß der Bestellte Besitz oder Detention irgend einer Sache für den Auftraggeber zu ergreifen oder zu übergeben oder auszuüben hat.[1] Überall da würde somit aus diesem Grunde der Auftrag doch wieder als Mandat im Sinne des Gesetzes oder doch als eine Kombination eines Lohnvertrages mit einem solchen (oben S. 494) zu qualifizieren sein — wenn die gestellte Frage schlechthin zu bejahen wäre.[2] Daß dem nicht so ist, muß deshalb hier in Kürze dargelegt werden.[3]

a) Besitzerwerb und -Verlust als solche, d. i. ohne sich daran knüpfenden Erwerb oder Verlust des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes,[4] bezw. unter Abstraktion von diesem betrachtet, sind der Ausdruck für gewisse (possessorische) Rechtsfolgen der Herstellung eines

[1] Der „Bote" überbringt den Brief des Absenders — der Taglöhner arbeitet mit den Gerätschaften des Arbeitgebers — der Handwerker nimmt die von ihm auszubessernde Sache in seine Gewahrsame u. dgl.

[2] So etwa Krainz II S. 284; dagegen Dniestrzanski S. 321.

[3] Die Frage wird in der Literatur in dieser Form kaum aufgeworfen (auch für das österr. Recht nicht von Randa Der Besitz S. 538 f., wo dazu Anlaß gewesen wäre) — für das gemeine Recht begreiflich, da sie für das römische mandatum, das auch jede Art rein faktischer Dienste umspannt, ohne Interesse ist (für das neue deutsche Recht kann das nicht mehr behauptet werden mit Rücksicht auf die notwendige Abgrenzung der „Geschäftsbesorgung" nach § 675 BGB., vgl. oben § 71 N. 1). Wohl aber berühren sich mit dieser die vielerörterten, aber immer nicht erledigten Fragen, ob Besitzerwerb und Besitzaufgabe „Rechtsgeschäft" sei — siehe namentlich Pininski Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 324 ff., Hellmann Jahrb. f. d. Dogm. XLII S. 442 f., R. Leonhard Der allg. Teil des BGB. S. 259 und 260, Manigk Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 191 ff., Isay S. 348 und Jahrb. f. d. Dogm. XLIV S. 43 ff., Sohm Der Gegenstand S. 26 f. —; ob Stellvertretung im Besitz möglich sei — vgl. Lenel Jahrb. f. d. Dogm. XXXVI S. 42 ff., Fr. Leonhard Vertretung beim Fahrniserwerb S. 57 ff., Hellmann Die Stellvertretung S. 99 ff., Manigk a. a. O. S. 364, Isay S. 362 f. —; oder doch, ob und inwieweit auf dieselbe nun die Regeln des BGB. über die Stellvertretung anzuwenden seien — vgl. Dernburg Bürgl. Recht I S. 470 („analog zu behandeln"), Cosack II S. 70 („Stellvertretung im Besitzerwerb zwar zuzulassen, aber nicht als rechtsgeschäftliche Stellvertretung anzusehen"), M. Rümelin Archiv für die ziv. Praxis XCIII S. 178 ff.

[4] Für den Sachbesitz ein seltenerer Fall, doch aber möglich, z. B. Besitznahme durch bloße „separatio" bereits erworbener Früchte — häufiger für Rechtsbesitz, wo die Tradition nicht Erwerbsart des Rechtes zu sein pflegt.

bestimmten Tatbestandes — so viel darf heute wohl als Niederschlag des alten Streites über die Eigenschaft des Besitzes als „jus" oder „factum" bezeichnet werden.[5] Damit ist klar, daß eine Stellvertretung im Besitzerwerb oder Besitzaufgeben, und daher ein darauf bezüglicher Bevollmächtigungsvertrag möglich ist. Für unser positives Recht ist dies durch die ausdrückliche Anerkennung der gesetzlichen Vertretung im Besitzerwerb (§ 310) außer Zweifel.[6]

Allein damit ist nicht gesagt, daß jede Mitwirkung zum Besitze eines anderen wahre „Stellvertretung" sei,[7] auf „Vollmacht" beruhe. Will man der Frage nähertreten, so ist vom Standpunkte des ABGB. (§ 309) immer noch davon auszugehen, daß Besitz die mit dem Besitzwillen verbundene Inhabung ist, daß sich also der Tatbestand des Besitzes auf den zwei Elementen des „corpus" und „animus" aufbaut,[8] einer Begriffsanalyse, welche auch in der neuen Besitzlehre des deutschen BGB. mehr dem Ausdruck als der Sache nach veraltet erscheint.[9] Wie immer man das Verhältnis jener beiden Elemente beim Besitzerwerb auffassen mag, ergibt sich nun, daß eine Stellvertretung in dem Sinne, wie sie bisher festgehalten wurde, nur bezüglich des animus, nicht des corpus possessionis gedacht werden kann.[10] Wem das corpus nur die reale Äußerung des Besitzwillens ist, für den muß sofort feststehen, daß derjenige, welcher lediglich dies corpus herstellt, die

[5] In dieser Beziehung hat vor allen Bekker Das Recht des Besitzes 1880) aufklärend gewirkt: vgl. auch Strohal Sukzession in dem Besitz 1885) S. 36 ff.

[6] Ganz abgesehen davon, daß der Besitz im ABGB. als Recht erscheint (§ 308), vgl. dazu PrLR. I 7 § 45 und Exner Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 126 f. Die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch Bevollmächtigte ist in der österr. Literatur allgemein anerkannt, ohne nähere Untersuchung, s. Randa a. a. O. S. 538 f., Zeiller II S. 45, Stubenrauch I S. 387 f. Genauer unterscheidet Pfersche Sachenrecht I S. 102 ff.

[7] Mit Recht hat Pernice Parerga, Ztschr. der Sav. Stift. XVII S. 201 die „Folgerung, daß jeder Detentor Stellvertreter des wahren Besitzers sei, bedenklich" gefunden.

[8] Vgl. Demelius Grundr. des Sachenrechts S. 1 f. und 5; Pfersche a. a. O. S. 100 setzt sich doch wohl zu souverän über das Gesetz hinweg.

[9] Vgl. Strohal D. Sachbes. nach dem BGB. S. 5 N. 9, Schey Gz. 1902 S. 96. Bei der Feststellung des „mittelbaren Besitzes" (§ 868 BGB.) insbesondere, wird das Element des Willens des (unmittelbaren) Besitzers (in dem richtig verstandenen Sinne — siehe unten S. 511) nicht verschwinden, siehe Fr. Leonhard a. a. O. S. 71, Cosack II S. 63 f., M. Rümelin Archiv für die ziv. Praxis XCIII S. 260 ff. und 271 ff.; und das dürfte nicht, wie Isay S. 276 meint, ein „Einschmuggeln" des verpönten Besitzwillens sein. Den Satz Bekkers, Jahrb. f. d. Dogm. XXX S. 360, könnte man mit ebensoviel Recht dahin variieren: „Wenn eine Lehre wie die, daß corpus und animus den Tatbestand des Besitzerwerbs ausmachen, seit nun bald zweitausend Jahren gelehrt wird", so kann sie nicht ganz „unbrauchbar" sein, vgl. Bekker selbst Jahrb. f. d. Dogm. XXXIV S. 44.

[10] Damit übereinstimmend Manigk a. a. O. S. 356 f.

Stellung eines „Vertreters in der Erklärung", nicht aber „im Willen" hat, daß ihm also nur die Rolle eines „Boten" zufällt.[11] Aber auch ohne diese, vielleicht allzu subtile, Betrachtungsweise ist so viel klar. Das „corpus" bezeichnet nichts mehr als die „Macht oder Gewahrsame" (§ 309), die „tatsächliche Gewalt" (§ 854 BGB.) über das Objekt des Besitzes. Was bewirkt, daß die Rechtsfolgen dieser Tatsache auf eine bestimmte Person bezogen werden, welche dadurch eben zum „Besitzer" wird, ist der animus.[12] Wer also für einen anderen lediglich das Macht- oder Gewahrsamsverhältnis des „corpus" realisiert, leistet ihm bloß faktische Dienste, wer durch seinen Entschluß den Besitzwillen für den anderen suppliert, schafft für ihn rechtliche Wirkung;[13] daher ist nur der Zweite Stellvertreter, nicht aber der Erste, und daher der diesbezügliche Auftrag nur im zweiten Falle Bevollmächtigungsvertrag, nicht aber im ersten.

Daß dasselbe auch für das Aufgeben oder die Übertragung des Besitzes durch einen anderen gilt, bedarf nur der Erwähnung.[14]

Um die praktische Bedeutung obiger Alternative zu ermessen, muß aber auch hier wieder die „Willenstheorie" nur in die richtigen Schranken gewiesen werden. Der „Besitzwille" als abstrakter gedacht hat allerdings kaum reale Existenz,[15] ebenso wenig daher eine abstrakte Willensvertretung des Besitzers. Aber dieser Wille tritt wirklich in die Erscheinung durch die Kausalbeziehung, welche der Besitzer für sich schafft,[16] als Wille also, eine Sache, nicht zu besitzen schlechthin

[11] Vgl. Randa a. a. O. S. 572 f. Die Charakterisierung als „Bote" paßt allerdings schlecht auf die Okkupation (und Dereliktion), wo gar kein Empfänger der Botschaft besteht, worauf auch Lenel a. a. O. S. 61, Hellmann a. a. O. S. 100 (siehe dagegen R. Leonhard a. a. O. S. 260) hingewiesen haben.

[12] S. Brinz P. IV S. 337 f. und 345 f. (Anders Unger II S. 131 N. 7, R. Leonhard Die Anfechtbarkeit der Verträge S. 17.) Das tritt klar zutage bei nachträglicher Ratihabition des Erwerbs durch den dominus, s. Mitteis Die Lehre von der Stellvertretung S. 256 f.

[13] Anders Jhering Jahrb. f. d. Dogm. I S. 287 vermöge der ihm eigenen Scheidung von „juristischer" und „faktischer" Dienstleistung (s. oben § 71 N. 19), aber auch für Pininski a. a. O. II S. 214 ff., liegt mit Ausnahme nur (S. 250 f.) der unselbständigen Detentoren („Besitzdiener") überall „rechtliche" Vertretung vor. Vgl. auch Pfersche a. a. O. S. 103 ff.; daß der „Repräsentierte" immer den Besitzwillen selbst habe, wie Randa a. a. O. S. 550 ff. und viele andere voraussetzen, läuft bei einem allgemeinen Auftrag auf eine Fiktion hinaus.

[14] Daß der Besitz trotz Dereliktion durch den Detentor für den Vertretenen fortbestehe, kann mindestens für das österr. Recht nicht in der Allgemeinheit behauptet werden, wie bei Pfersche a. a. O. S. 162; siehe dagegen Winiwarter in Pratobeveras Materialien VII S. 186.

[15] Vgl. Hruza Grünhuts Ztschr. XXIV S. 227 ff.

[16] Diese Erkenntnis ist der bleibende Gewinn aus der geharnischten Kritik des

oder auch nur „als die seinige" in abstracto, sondern die Sache zu besitzen als eine gekaufte, geschenkte, oder sie zu ergreifen kraft Jagdrechts oder als Fund u. dgl. An die Stelle jenes formalistisch klingenden Gegensatzes tritt daher der materielle: Der Besitzgehilfe, der auch das Kaufalverhältnis für den anderen schafft, ist Stellvertreter, nicht aber derjenige, welcher auf Grund einer von diesem selbst gesetzten causa lediglich das tatsächliche Machtverhältnis zu der Sache vermittelt: und daher kann wohl ersteres, nicht aber letzteres Gegenstand des Bevollmächtigungsvertrages nach § 1002 sein.[17] Hat sich damit nun aber die Vertretung im „Besitzwillen" als Vertretung in dem Rechtsgrund (dem Titel) der Besitzergreifung herausgestellt, so läßt sich als letztes Ergebnis behaupten, daß der Auftrag zur Besitzergreifung **als solcher** überhaupt nicht „Bevollmächtigungsvertrag" ist.

b) Nicht anders steht es mit Besitzausübung durch einen anderen.[18] Der dedentor alieno nomine ist nicht Stellvertreter des juristischen Besitzers, sondern nur das Werkzeug der tatsächlichen Macht des letzteren. Bezüglich der unselbständigen Detentoren, der „Besitzdiener", welche § 855 BGB. für das deutsche Zivilrecht deutlich als solche charakterisiert, wird dies kaum zu bestreiten sein.[19] Dasselbe gilt aber auch von dem selbständigen Inhaber, dem „unmittelbaren Besitzer" des deutschen BGB. (§ 868) im Verhältnisse zum juri-

---

„animus" in Iherings Buch „Der Besitzwille". Verwandte Gedanken hatte schon Bremer Ztschr. für Zivilr. u. Proz. N. F. XX S. 38 ff. geäußert; auf das Kaufalverhältnis legt nun auch alles Gewicht Lenel a. a. O. S. 42 ff. und 57 f., vgl. auch Fleck Arch. für bürgl. Recht XV S. 363 ff., Pininski a. a. O. II S. 324 f. und Fischer Das Sachenrecht d. Entw. S. 22: „Das subjektive Moment, der animus domini, wird durch objektive Merkmale (causae) ersetzt". — Selbstverständlich ist im Texte die „causa" nicht in dem engen Sinne einer Vertragskausa gemeint, sondern in dem weiten Sinne (vgl. oben S. 7 ff.) des rechtlichen Grundes der Wirksamkeit juristischer Tatsachen überhaupt; in diesem Sinne kann auch von der causa einseitiger Apprehensionsakte gesprochen werden (vgl. § 380 und 381!) und von der Frage, für welche von mehreren Personen kraft dieser causa die Wirkung einzutreten habe, vgl. z. B. § 401 bezüglich des Schatzfundes.

[17] Auf demselben Standpunkte steht nun auch Hupka Die Vollmacht S. 72 f.

[18] Vgl. dazu Pininski a. a. O. II S. 237 ff.

[19] Braucht doch die Beziehung zwischen den „Besitzdienern" des § 855 BGB. und dem Besitzer gar keine rechtliche Unterordnung zu sein, vgl. Strohal Der Sachbesitz S. 9 f., auch Bekker Jahrb. f. d. Dogm. XXXIV S. 42 f., Pfersche a. a. O. S. 157 und die Ausführungen Lenels a. a. O. S. 83 ff. über die Stellung des römischen procurator. Cosack II S. 62 nennt allerdings gerade die unselbständigen Gehilfen des § 855 „reine Besitzstellvertreter" ähnlich dachte Exner a. a. O. S. 128 f. N. 13). Nach Aßmann Die Rechtsstellung des Boten S. 95 f. wäre der Besitzdiener „weder Stellvertreter noch Bote".

stischen, bezw.) „mittelbaren" Besitzer. Daß letzterer durch ersteren „besitzt", beruht nicht auf einer rechtlichen Vertretungsmacht, sondern einfach auf der Tatsache, daß man die Macht über eine Sache auch dadurch ausüben kann, daß man sie einem anderen, sei es in dessen, sei es im eigenen Interesse anvertraut. Die Rechtsbeziehung, welche zwischen Inhaber und juristischem Besitzer bestehen mag, kommt dabei lediglich als ein Moment für die Sicherheit der fortdauernden „Macht" des Besitzers in Betracht.[20] Irrig wäre es daher, in allen Obligationsverhältnissen, auf Grund deren der Verpflichtete oder Berechtigte Sachen des Vertragsgegners anvertraut erhält, ihn als Stellvertreter bezüglich der Besitzausübung und deshalb das Obligationsverhältnis selbst als Bevollmächtigungsvertrag oder als mit einem Bevollmächtigungsvertrag durchsetzt (§ 1159) zu erklären. Beweis dessen — falls es eines solchen noch bedürfte — daß der Musterfall der Übertragung der Gewahrsame einer Sache, der Vertrag nämlich, dessen causa geradezu darin aufgeht (§ 958), vom Gesetz als Vertrag sui generis dem Bevollmächtigungsvertrage entgegengestellt wird: § 960.[21]

§ 73.

Die dargelegte Gedankenfolge führt auch zur Ausscheidung noch anderer Verrichtungen aus dem Gebiete der „Geschäftsbesorgung" als Gegenstand des Bevollmächtigungsvertrages. So zunächst der

6. Rechtsausübung.[1] Man hat gesagt, die Ausübung subjektiver Rechte, d. i. „die Vornahme der den Inhalt derselben bildenden Handlung",[2] besser wohl die praktische, wirtschaftliche Verwirklichung seines Inhalts, könne auch durch Stellvertreter erfolgen.[3] Jedes Rechts-

[20] Dies Moment hat in verdienstlicher Weise besonders Vininski a. a. O. I S. 133 ff. und 189 hervorgehoben; vgl. auch Hruza a. a. O. S. 220, Gierke Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 7. N. 15.

[21] Vgl. oben S. 290 f. Daß diesbezüglich zwischen Mobilien und Immobilien zu unterscheiden wäre — so Pfersche a. a. O. S. 103 N. 13 — ist nicht einzuziehen.

[1] Insoferne man den Besitz als tatsächliche Ausübung des Rechtsinhalts betrachtet vgl. § 312, ist der Zusammenhang mit dem im vorigen Paragraph Ausgeführten klar: vgl. Krainz I S. 149 f., Bekker Reform des Besitzrechts S. 4 f. und 24 ff.

[2] Krainz I S. 146, Bekker Syst. d. Pand. I S. 68. Ganz anders Thon Rechtsnorm S 288 ff. „der Genuß des rechtlich geschützten Gutes gehört niemals zum Inhalte des Rechts" und, in nur formaler Begriffsbestimmung, Monron Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 58 ff.

[3] Siehe z. B. Regelsberger P. I S. 580 oder Leonhard Der allg. Teil des BGB. S. 304 f. (welcher aber die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB. als auf diese Stellvertretung nicht anwend-

verhältnis, welches die Ausübung eines Rechtes des einen durch den anderen bezweckt — der Dienstvertrag mit dem Reitknecht, der mein Pferd zu reiten, der Lohnvertrag mit dem Arbeiter, der mein Feld zu pflügen hat, der Vertrag mit dem Mieter, durch den ich mein Haus nutzbar mache, oder mit dem Schüler, dem ich mein Buch leihe — sie alle und zahllose andere würden darnach (zugleich) auf eine Stellvertretung abzielen, Verträge über „Geschäftsbesorgung" und als solche unter das Recht des Bevollmächtigungsvertrages (§ 1159) zu stellen sein.[4]

Allein die natürliche Auffassung ist eine andere. Nicht auf der eigentümlichen Rechtswirkung einer „Repräsentation" beruht es, sondern einfache Tatsache ist es, daß der Berechtigte in solchen Fällen sein Recht in der Form der Einwirkung auf dessen Objekt durch einen Gehilfen,[5] oder der indirekten Verwertung desselben durch Überlassung an einen anderen ausübt; Rechtsausübung für den Vermieter zum Beispiel ist das Wohnen des Mieters, nicht weil letzterer ersteren in der Hausbenützung vertritt, sondern weil er ihm den Mietzins zahlt.[6] Wie vom detentor alieno nomine gegenüber dem Besitzer, kann also auch hier gesagt werden: Der Berechtigte wird nicht „im Willen" vertreten, sondern nur in der Herstellung der Äußerung dieses Willens, oder wieder besser minder formalistisch, die causa des Rechtsverhältnisses setzt der Berechtigte selbst, nur die praktische Realisierung geschieht durch die Hand des anderen. Was dieser tut, ist somit nicht stellvertretende Geschäftsbesorgung und nicht Gegenstand eines Bevollmächtigungsvertrages.[7]

Daran ändert auch nichts, daß die Ausübung oder Nichtausübung des Rechts unter Umständen gewisse Rechtsfolgen — Ersitzung,

bar erklärt!), Krainz I § 53 (trotzdem er S. 147 die Rechtsausübung ausdrücklich, wie Unger I S. 613, für „etwas rein faktisches" erklärt!); s. dagegen Dniestrzanski S. 80 und 321.

[4] So Krainz II S. 284, Schuster S. 111, siehe auch Slg. 14861; von diesem Ausgangspunkt gelangt man unschwer zu der Unterstellung der „Waschfrau, die Wäsche besorgt" unter die Mandatsnormen, wie Cosack I S. 513 f.

[5] Bekker Pand. I S. 71 gibt mindestens zu, daß die „Vollmacht" zur Rechtsausübung „leichter zu begründen ist als die zu Rechtsgeschäften"!

[6] „Quia qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re utitur fruitur": Gai. L. 39 D. de usufr. 7, 1. Vgl. Pernice Parerga, Ztschr. d. Sav. Stift. XVII S. 201.

[7] Anders, wenn man die Geltendmachung des Rechtsanspruchs oder Veräußerung und Belastung gleichfalls zur „Ausübung" des Rechtsinhalts zählen dürfte, wie Bekker a. a. O. S. 68 ff. (dagegen Krainz I S. 147); diese gehören allerdings zum Gebiet der stellvertretenden Geschäftsbesorgung, vgl. unten N. 10.

Verlust durch non usus, Präklusion[8] — nach sich zieht.[9] Nur dann würde es sich um Stellvertretung handeln, wenn der Auftrag des „Gehilfen" eben dahin ginge, jene Rechtsfolgen herbeizuführen, beziehungsweise zu vermeiden durch ein entsprechendes, von ihm selbst zu beschließendes Verhalten;[10] aber dann ist es nicht mehr die Rechtsausübung als solche, welche den Gegenstand seiner Besorgung bildet.

7. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit, **„solutio"**, mag als Rechtsgeschäft gelten.[11] Aber deshalb darf doch auch hier nicht generalisiert werden, als wäre jeder Auftrag, durch welchen ein Gehilfe zur Durchführung einer Leistungspflicht bestellt wird, ein Auftrag zu rechtsgeschäftlichem Handeln, also Bevollmächtigungsvertrag. So weit Zahlungen i. e. S., Leistungen durch Sachübergabe in Betracht kommen, ist dies bereits oben (zu 5) dargelegt.[12] Dasselbe gilt aber auch sonst. Die causa solutionis setzt zunächst der Auftraggeber selbst, indem er beispielsweise einen Gesellen zur Besorgung der von ihm übernommenen Arbeit sendet; über die rechtsgeschäftliche Seite hat der Gehilfe nichts zu beschließen, er arbeitet nur wie ein Werkzeug an der Herstellung des tatsächlichen Erfolges.[13]

Anders dort, wo der Verpflichtete die ganze Verpflichtung von sich abwälzt, also nicht bloß einen Gehilfen, sondern einen Substituten bestellt, dem dann die Sorge dafür obliegt, nicht bloß daß die oder jene tatsächliche Arbeit zu stande komme, sondern daß der Gläubiger erhalte, was ihm von Rechtswegen gebührt. Der Substitut in

[8] So z. B. der Beginn der Bauführung zur Vermeidung des Erlöschens der Baukonzession, Strohal Grünhuts Ztschr. IX S. 64.

[9] Anders Bekker a. a. O. S. 70, Brinz Pand. IV S. 336 N. 5.

[10] Z. B. die „Rüge" etwaiger Beschädigung der beim Entlehner abzuholenden Sache (§ 982), überhaupt die von Lenel a. a. O. S. 6 gekennzeichnete Rechtsausübung durch Willenserklärungen. Aber „Ausübung oder Verfolgung von Rechten" dürfen nicht schlechthin auf eine Linie gestellt werden, wie auch bei Röser Über den Begriff des Mandatskontrakts in Gruchots Beitr. VII S. 510; vgl. oben N. 7.

[11] Unger Grünhuts Ztschr. XV S. 529, Kohler Enzyklopädie I S. 668. Eingehend handelt darüber Kretschmar Die Erfüllung (1906) S. 82 ff. und 94 ff.

[12] Vgl. dazu auch Lenel a. a. O. S. 96 f., Wendt in Endemanns Handbuch I S. 275.

[13] Anders, wo ihm auch Entscheidung über die „causa" solutionis übertragen ist, z. B. darüber, welche Post getilgt werden solle, vgl. den Fall Slg. 2109, wo demzufolge die Frage, ob „Bote" oder „Stellvertreter" des Zahlers ausschlaggebend war. — Dasselbe gilt auch vom Inkassomandat; allerdings involviert aber in aller Regel die Empfangnahme der Zahlung zugleich die Anerkennung als Erfüllung (vgl. § 1030), insoferne also eine wirklich stellvertretende Geschäftsbesorgung, vgl. Ehrlich Die stillschweigende Willenserklärung S. 61 und 69, und kann daher die Annahme von Zahlungen nicht schlechthin zu „Rechtsgeschäften" in Gegensatz gestellt werden, wie bei Dernburg Pr. R. II S. 517.

diesem Sinne[14] ist in der Tat „Stellvertreter" in der solutio der Obligation (§ 1161).[15]

Davon aber ist wieder zu unterscheiden der Fall der „Zahlungsübernahme" in dem üblichen technischen Sinne des Wortes,[16] das ist der Übernahme einer Zahlung an den Gläubiger des Auftraggebers auf Rechnung des Beauftragten.[17] Schon das letztere Moment ist Grund genug,[18] daß hier nicht von Mandat oder Geschäftsbesorgung im Sinne des § 1002 die Rede sei,[19] wenngleich die Zahlung durch den Beauftragten die Wirkung der Liberierung des Auftraggebers hat.

8. Endlich die Mitwirkung bei der **Spezifikation**, welche bei so vielen Arbeitsverträgen in Betracht kommt — dahingestellt, ob die Spezifikation als Akt der Eigentumserwerbung[20] Rechtsgeschäft sei oder nicht[21]: jedenfalls darf, wie für die solutio oder den Besitzerwerb,[22] auch hier nicht behauptet werden, der Arbeiter, der für den

[14] Über den Gegensatz von „Gehilfen" und „Substituten" s. unten § 81.

[15] Nur so weit also war richtig Krainz II (3. Aufl.) S. 279 N. 7 und Röser a. a. O.

[16] Wenngleich noch nicht ganz gefestigt, dürfte sich diese Terminologie allgemein einbürgern, vgl. den deutschen Entwurf I § 318, Hellwig Der Vertrag auf Leistung an Dritte S. 189 ff., Unger Schuldübernahme S. 14, Hasenöhrl II S. 251 f., Horn GZ. 1902 S. 83; dazu oben § 67 S. 480.

[17] Auf die Rechnung des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber (vgl. oben § 67 bei N. 32), vgl. Hellwig a. a. O. S. 177; auf die weitere Frage, ob dies Zahlungsmandat für den Gläubiger Rechte erzeugt (worüber Hellwig S. 191 f.), ist hier nicht einzugehen, jedenfalls nimmt hier das ABGB. einen eigenartigen Standpunkt ein vermöge § 1019, vgl. Horn a. a. O. S. 99 und oben § 67 N. 18, auch unten § 83.

[18] Daß die Geschäftsbesorgung der §§ 1002 ff. Besorgung für fremde Rechnung ist, s. oben S. 459.

[19] Sondern irgend welche sonstigen Geschäftskausa, siehe Unger a. a. O. S. 32 N. 59, Hasenöhrl II S. 256 und 261, N. 52, Horn a. a. O. S. 99, dem gegenüber somit nicht bloß terminologisch abweichend Menzel Grünhuts Ztschr. XI S. 656; unrichtig daher auch, wenn z. B. die Entscheidung bei Now. III 443 das Verhältnis zwischen Wechselschuldner und Domiziliatenschlechtweg als Mandat (§ 1014) behandelt.

[20] Nach dem Rechte des ABGB. zunächst Erwerb des Miteigentums, welches dann aber wesentlich als Titel zur Erlangung des Alleineigentums — auf Grund des Wahlrechtes des § 415 — bedeutsam ist; vgl. Zeiller II S. 202.

[21] Für die Bejahung der Frage z. B. Bechmann Der Kauf II S. 7, Karlowa Das Rechtsgeschäft S. 182, dagegen Bruns Kl. Schrift. II S. 454, Pininski Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 333 N. 1, Burckhard II S. 249 N. 4, R. Leonhard Der allg. Teil des BGB. S. 259 f., Manigk a. a. O. S. 53; vgl. dazu überhaupt Brinz-Lotmar Pand. IV S. 11 f. N. 14 und Rümelin Archiv für die ziv. Praxis XCIII S. 283 ff.

[22] Dürfte man den Eigentumserwerb des Spezifikanten auf den Gedanken der „Okkupation" zurückführen (wie etwa Bechmann Archiv für die ziv. Praxis XLVII S. 46 f., dagegen aber namentlich Czyhlarz Die Eigentumserwerbsarten I S. 315 ff.), so wäre die Frage mit dem oben § 72 (zu 5) Gesagten schon erledigt. Übrigens sei bemerkt, daß auch nach der anziehenden Darstellung von Sokolowski Ztschr. d. Sav. Stift. XVII S. 263 f. (vgl. auch desselben Verfassers Schrift „Die Philo-

Besteller die Spezifikationsarbeit vollziehe, sei im Rechtssinne dessen Stellvertreter,[23] daher stecke in jedem derartigen Arbeitsvertrag ein Stück Bevollmächtigungsvertrag (§ 1159). Auch hier ist das Entscheidende, daß der Besteller, der Unternehmer derjenige ist, der die causa des Eigentumserwerbs schafft[24] — eben die Unternehmung — der Arbeiter aber nur die tatsächliche Förderung des Erfolges,[25] daher nicht Geschäftsbesorgung im Sinne des § 1002 leistet.

Und die gleiche Bewandtnis[26] hat es mit der gewerblichen Erfindung in fremdem Dienste.[27]

---

sophie im Privatrecht" S. 69 ff.) der Eigentumserwerb (nach Proculeianischer Ansicht) in engstem Zusammenhange mit dem Besitze steht.

[23] Zumeist wird dafür nur die Frage der Qualifikation der Verarbeitung als Rechtsgeschäft (vgl. oben N. 21) für entscheidend gehalten, so die D. Mot III S. 360, Wolff Gutachten aus dem Anwaltstande S. 661 f., Fischer Das Sachenrecht d. Entw. S. 28, wohl auch Biermann Vertretung in Vollmacht S. 5.

[24] Im Sinne des ABGB. den „Titel"; vom Standpunkt dieses GB., welches in der Spezifikationslehre das „Eigentumsprinzip" festhält (Sokolowski a. a. O. XVII S. 298 N. 3) ist gewiß die entscheidende Frage, wem der Eigentumstitel zukommt (siehe oben N. 20), und dieser steht bei dem Unternehmer (der Arbeiter hat seine causa in dem Lohn), vgl. Sokolowski a. a. O. S. 305 f., auch Isay S. 301 ff. und Kohler Enzyklopädie I S. 611.

[25] Dies, nicht der formale „Wille" des Arbeiters (Krainz I S. 615) ist auch hier das Entscheidende, vgl. Fr. Leonhard Vertretung bei Fahrniserwerb S. 112 f., Biermann Komm. S. 159; deshalb geht auch Manigk a. a. O. S. 315 zu weit (siehe dagegen R. Leonhard in Grünhuts Ztschr. XXIX S. 790). Unhaltbar ist die Unterscheidung Iherings Jahrb. f. d. Dogm. I S. 288 (dagegen Unger II S. 130 N. 3).

[26] Die Verwandtschaft mit der Spezifikation wird vielfach anerkannt, namentlich auch von Kohler Grünhuts Ztschr. XIII S. 295.

[27] Wer das „Erfinden" als Rechtsgeschäft auffaßt, muß in den Fällen, wo das Recht aus der von Arbeitern und Angestellten gemachten Erfindung dem Dienstgeber zufällt (§ 5 Absatz 3 PatG.), konsequent wahre Stellvertretung annehmen — so Kohler a. a. O. S. 290 und 296, Handb. des deutschen P. R. S. 229 (siehe dagegen Isay S. 306, Manigk a. a. O. S. 383 N. 1) —, und dann wäre für das österr. Recht auch die Folgerung unabweisbar, daß jeder derartige Dienstvertrag zugleich als Bevollmächtigungsvertrag (§ 1159) zu beurteilen sei; auf diesem Standpunkte steht in der Tat die (auch im einzelnen anfechtbare) Darstellung von Bettelheim Das Recht des Erfinders in Österreich S. 55 ff., dem Suman Komm. zum österr. PatG. S. 62 f. folgt. Allein, abgesehen davon, daß darin eine Überspannung des Rechtsgeschäftsbegriffes zu liegen scheint, gibt es hier wohl nur die Alternative: Nimmt man unmittelbaren Erwerb des Erfinderrechtes durch den Dienstherrn an, so kann derselbe nur (wie bei der Spezifikation vgl. oben) in dem wirtschaftlichen Verhältnisse (der causa) zwischen Unternehmer und Angestelltem begründet sein, ersterer also als der Begründer der causa, letzterer nur als faktisches Werkzeug des Vollzuges zu erkennen sein (vgl. Kohler Handb. des PatR. S. 234 f. selbst) —; oder aber das Erfinderrecht entsteht auch hier in der Person des Angestellten selbst als ihres Schöpfers und ist nur durch den bestehenden Vertrag im voraus schon auf den Dienstgeber übertragen (wie, wohl mit besserem Recht, für das österreichische Recht Munk Öst. PatG. S. 45, E. Adler Krit. Vierteljahrschr. XLIV S. 389, Herrmann v. Otavsky, Österr. PatBl. V S. 523 lehren), dann ist natürlich von einer

III.

Der Abschluß des Bevollmächtigungsvertrages.[1]

§ 74.

Die Abschließung des Bevollmächtigungsvertrages erfordert grundsätzlich Konsens der Parteien und nichts als dies. Die Willenserklärung des Geschäftsherrn besteht in dem „Auftrag“[2] zur Geschäftsbesorgung; zumeist ist sie es, welche den Vertragsschluß einleitet, Vertragsofferte, die Zustimmung des Empfängers daher zugleich „Übernahme“ des Auftrags und „Annahme“ des Vertrages.[3] Tatsächlich kann aber die Zeitfolge auch die umgekehrte sein; der Geschäftsführer erbietet sich zur Besorgung eines Geschäftes[4] und erhält daraufhin wirklich den Auftrag, letzterer erscheint somit als die „Annahme“ der Offerte. Mit diesem Vorbehalte also kann gesagt werden: Der Bevollmächtigungsvertrag kommt durch Annahme des Auftrages zu stande.[5]

Bei Ungültigkeit des Vertragsschlusses — aus welchem Grunde immer — sind alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Auftrag, actio mandati contraria wie directa (§§ 1009 ff.), ausgeschlossen.[6] Nur der Tatbestand für außerkontraktliche Ansprüche kann, nach allgemeinen Grundsätzen, gegeben sein. So möglicherweise ein Ersatzanspruch

„Vertretung“ bezüglich des Erfindens keine Rede, sondern von Veräußerung des Erfinderrechtes. — Die äußerste Subtilität möchte vielleicht dieselbe Frage auch für das dem Besteller eines Porträts zufallende Urheberrecht (§ 13 Gesetz vom 26. Dezember 1895, RGBl. Nr. 197) aufwerfen (vgl. dazu, bezw. dagegen nur Mitteis Zur Kenntnis des liter. artist. Urheberrechts S. 71 f., Schmidl Das österr. Urheberrecht, 1906, S. 125); sollte dann etwa auch in jeder Porträtbestellung ein „Bevollmächtigungsvertrag“ versteckt sein?

[1] Über die Frage, wann das Mandat Handelsgeschäft ist, s. Grünhut S. 54 f.

[2] Der „Auftrag“ (in der weiteren Bedeutung des Wortes, vgl. oben S. 420 und § 61 N. 4) ist in der Tat auch ein „Versprechen“ (im Sinne § 861), nämlich das zu besorgende Geschäft auf seine Rechnung zu nehmen, s. Jacobi Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 24.

[3] Crome II S. 622; so ausdrücklich PrLR. I 13 §§ 5 und 6, Code Art. 1984.

[4] Davon zu unterscheiden die allgemeine Anbietung, welche lediglich Aufforderung zur Stellung von Geschäftsofferten bedeutet; vgl. dazu Biermann Jahrb. f. Dogm. XXXII S. 293 ff., A. Pollak Prag. Jur. Vierteljahrschr. N. F. XI S. 117 f.

[5] Wie etwa Windscheid II S. 744, Dernburg bürgl. Recht II 2 S. 367, Zeiller III S. 269.

[6] Vgl. oben § 70 N. 18 und auch die folgende Note.

a) auf Grund culpa in contrahendo des einen oder anderen Teiles;[7] oder

b) ein Bereicherungsanspruch (condictio ex injusta, turpi causa);[8] oder endlich

c) ein Anspruch aus unbeauftragter Geschäftsführung (actio negotiorum gestorum directa oder contraria). Denn, wie in dem folgenden Kapitel sich ergeben wird, liegt bei tatsächlicher Ausführung des ungültigen Mandats regelmäßig, objektiv und subjektiv, der Tatbestand der negotiorum gestio vor, und treten daher die Verpflichtungen aus dieser causa in Kraft[9] — wenn anders der Grund der Ungültigkeit des Bevollmächtigungsvertrages nicht ein solcher war, welcher auch einer rechtswirksamen negotiorum gestio entgegensteht.[10]

Im einzelnen ist noch folgendes zu bemerken.

1. **Annahme** oder Nichtannahme des Auftrages steht, wie bei jeder Offerte, im Belieben des Empfängers[11] — auch dann, wenn er sich öffentlich zu derlei Geschäften erboten hätte oder selbst durch öffentliche Autorität zu deren Besorgung bestellt wäre.[12]

Damit nicht zu verwechseln ist die Verpflichtung von Amtspersonen, auf Begehren der Interessenten in Geschäften ihres Amtswirkungskreises tätig zu werden. Eine Verbindlichkeit zur Ein-

---

[7] Die Römer mochten diesen Ersatzanspruch in Ermangelung einer anderen Klage in die Formel der actio mandati contraria einkleiden, falls der Beauftragte den ungiltigen Auftrag bona fide ausführte; für das heutige Recht läßt sich dieser Satz nicht aufrecht erhalten, wie z. B. bei Dernburg Pr. R. II S. 518 N. 10, siehe dagegen Förster-Eccius II S. 357 N. 40.

[8] Vgl. oben S. 40 ff. und 216 ff. Ebenso bei Rückgängigmachung des Vertrages, vgl. den Fall bei Fischer Ztschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1826 II S. 120.

[9] Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 71. S. darüber vorläufig Kohler Jahrb. f. Dogm. XXV S. 75 ff.

[10] Wie z. B. bei Unerlaubtheit oder Unsittlichkeit der Geschäftsführung. — Dagegen hindert die Handlungsunfähigkeit zwar die Gültigkeit des Mandatsvertrages, nicht aber die Wirksamkeit der negotiorum gestio (s. Koch III S. 531), und ebendaher ist sie auch nicht ohne weiteres ein Grund zur Zurückweisung der vom Minderjährigen ausgestellten Vollmacht (zur Vertretung vor dem Strafgericht), vgl. die KassHE. GH. 49. Jahrg. Nr. 29, S. 346.

[11] Über „Befehl" im Gegensatz zu „Auftrag" s. oben § 65. — Daß von „schikanöser" Ablehnung nicht gesprochen werden kann, hebt mit Recht Lotmar a. a. O. S. 259 f. N. 1 hervor, gegen Biermann a. a. O. S. 320.

[12] Gegen die Folgerung eines Kontrahierungszwangs aus dem Besitz eines Monopols — so Biermann a. a. O. S. 277 f., Pollak a. a. O. S. 104 — s. Lotmar a. a. O. S. 261 N. 4; Advokaten betreffend insbesondere § 10 Absatz 1 AO.

gehung von Bevollmächtigungsverträgen liegt auch da nicht vor: zumeist schon deshalb nicht, weil es sich dabei nicht um stellvertretende Geschäftsbesorgung im Sinne der §§ 1002 ff. handelt, sondern nur allenfalls um irgend eine sonstige Mitwirkung als Hilfsperson bei Rechtshandlungen der Partei, vor allem aber deshalb nicht, weil die Pflicht zur Ausführung hier nicht erst aus einem abzuschließenden Vertrage, sondern als öffentlichrechtliche aus dem Amte entspringt. Das gilt insbesondere auch von der Verpflichtung der Notare nach § 35 NO.,[13] welche ihnen eben nur die Verweigerung von „Amtshandlungen" verwehrt. Insoweit hingegen der Notar Parteienvertretung führt, ist er nicht mehr Amtsperson (vgl. § 5 im Gegensatze zu § 1 NO.), besteht aber auch kein Zwang für ihn zur Übernahme von Aufträgen, sondern bloß die Antwortpflicht nach § 1003.

Der Grundsatz der Geschäftsfreiheit erleidet aber gewisse Einschränkungen.

a) Während sonst nicht einmal eine Antwortpflicht besteht, sind „Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden" oder sich zu derselben öffentlich erboten haben,[14] wie bereits bemerkt, zwar nicht verpflichtet, „einen darauf sich beziehenden Auftrag" anzunehmen, wohl aber, „ohne Zögerung[15] gegen den Auftragenden sich ausdrücklich zu erklären, ob sie denselben annehmen oder nicht" (§ 1003). Und als Präjudiz setzt das Gesetz nicht wie Art. 323 HGB.), daß das Stillschweigen als Übernahme des Auftrages gilt,[16] sondern lediglich die Verantwortlichkeit für den dem

[13] Anders Pollak a. a. O. S. 111, doch wohl im Widerspruch mit S. 107.

[14] § 1003 spricht nur von „Personen, welche öffentlich bestellt" sind; allein gewiß sind damit, so wie im PrLR. I 13 § 15 und jetzt § 663 BGB., alle Personen gemeint, die sich öffentlich zu einem Berufe oder Gewerbe bekennen, wie sich dies aus dem Zusammenhange mit § 1004 ergibt, bei dessen Beratung der jetzige § 1003 eingeschaltet wurde, vgl. Ofner II S. 45. Man bedenke nur, daß Advokaten, welche nach dem Zeugnisse Zeillers III S 271 „vorzüglich" gemeint waren, heutzutage nicht mehr ernannt werden.

[15] Nicht gerade in den Fristen des § 862, wie nach dem Muster des PrLR. I 13 § 17 (wo aber das Schweigen als Annahme gilt!) Kirchstetter S. 519 N. 5 lehrt; siehe dagegen Zeiller III S. 272. — Übrigens sei bemerkt, daß der Satz des § 1003 nicht zwingendes Recht ist, vgl. Ehrlich Das zwingende und nichtzwingende Recht S. 87, dem Beauftragten daher auch beliebig lange Überlegung freigestellt werden kann.

[16] Wozu die ältere Theorie und Gesetzgebung geneigt war, vgl. Buchner S. 58 (dazu Glück XV S. 246), PrLR. I 13 § 14 (Förster-Eccius II S. 357 spricht da von fingierter Annahme), schweiz. Obl. R. Art. 393, Cod. Ther. III 15 Nr. 11 und auch noch der Entwurf zu § 1003 bei Ofner II S. 45 (merkwürdigerweise schweigen die Protokolle, Ofner II S. 564, darüber, wann diese Theorie verlassen wurde); das ABGB. hat hier schon den modernen Gedanken der Haftung für das negative

Auftraggeber „dadurch veranlaßten Nachteil“: Der Bevollmächtigungsvertrag kommt mangels Annahme nicht zu stande, der Empfänger des Auftrages aber hat das negative Vertragsinteresse wegen culpa in contrahendo zu ersetzen.[17]

b) Wahrer Kontrahierungszwang, d. i. die Verpflichtung, durch Annahme des Auftrages einen Bevollmächtigungsvertrag einzugehen, kann — theoretisch — gedacht werden als Wirkung eines Vorvertrages, oder — praktisch wohl eher von Bedeutung — begründet sein durch letztwillige Verfügung.

Den einzig wichtigen Fall aber bildet die gesetzliche[18] Verpflichtung des Advokaten zur Übernahme der Armenvertretung im Zivilprozeß.[19] Die „Bestellung des Advokaten“ (§ 64 Z. 3, §§ 66, 67 ZPO.) hat nicht die Bedeutung, daß sie den vom Ausschusse der Advokatenkammer berufenen Anwalt von Amtswegen zum Vertreter der armen Partei macht. In dies Rechtsverhältnis tritt er erst infolge des ihm nun von der Partei gegebenen Auftrages, dessen Annahme er jedoch vermöge seiner Standespflicht nicht verweigern darf.[20] — Einen analogen Fall statuiert § 10 Abs. 3 AO.[21]

Vertragsinteresse (vgl. Jhering Jahrb. IV S. 44 ff., der allerdings gerade § 1003 übersehen hat) aufgenommen, der sich nun auch in § 663 BGB. und der deutschen Rechtsanw. Odg. von 1878 § 30 findet (Ehrlich Die stillschweigende Willenserklärung S. 176 scheint dies nicht zu billigen; zweifelnd Hasenöhrl I S. 654 N. 12).

[17] Auf die praktische Bedeutung dieses Standpunktes bezüglich der Beweislast (§ 1296) weist gut hin Stubenrauch II S. 222. — Die Bemerkung bei Troplong Nr. 346, daß der Beauftragte unter Umständen auch bei Ablehnung des Auftrages provisorische Maßnahmen zu treffen habe, dürfte nicht allgemein, wohl aber eben in den Fällen des § 1003 zutreffen.

[18] Bezw. auf Grund der gesetzlichen Pflicht des Advokaten, dessen gerichtliche Bestellung, vgl. Breslauer Die rechtliche Stellung des Armenanwalts S. 23.

[19] Nicht hieher gehört die Bestellung des Verteidigers im Strafprozesse, der nicht die Stellung eines Prozeßvertreters hat, sondern die Funktion eines neben dem Beschuldigten stehenden Prozeßorganes (siehe Beling in Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie II S. 358 f., Frydmann Handbuch der Verteidigung S. 115 f. u. 126) — der daher sogar gegen den Willen des Beschuldigten bestellt werden kann, § 41 StPO. Vgl. auch Schott Das Armenrecht der deutschen ZPO. S. 109 f.

[20] So auch Breslauer a. a. O. S. 23 f., Schott a. a. O. S. 108 f., R. Schmidt Lehrb. des deutschen ZPr. S. 286, Hellwig Lehrb. des deutschen ZPr. II S. 136, Menger Grünhuts Ztschr. VII S. 669, R. Pollak Syst. des österr. ZPr. I S. 170, Petschek Grünhuts Ztschr. XXXIII S. 489 f., Rotschedl GZ. 1897 S. 269; anders Lotmar a. a. O. S. 34 und, wie es scheint, Biermann a. a. O., da er den Fall nicht als einen solchen des „Kontrahierungszwanges“ anführt. Bedenkliche Konsequenzen aus diesem Standpunkt zeigt die Entscheidung JBl. 1899 S. 393.

[21] „In welchem Falle“ der Advokat „gegen Sicherstellung der Vertretungsgebühren die Vertretung übernehmen muß“; vgl. A. Pollak a. a. O. S. 111 f.

c) Das Gegenstück hiezu bildet unter Umständen die gesetzliche Pflicht zur Ablehnung des Auftrages.

So hat der Notar „jede Mitwirkung zu verbotenen, verdächtigen oder zum Scheine vorgegebenen Geschäften zu versagen" (§ 5 NO.),[22] der Advokat die Vertretung abzulehnen in Angelegenheiten, in welchen er früher als Richter oder Staatsanwalt tätig war (§ 10 AO.).

Überhaupt aber ist es Pflicht des Vertreters einer Person, so lange er das ist, jeden Auftrag einer anderen zurückzuweisen, deren Interessen mit jenen der ersteren in Widerspruch stehen oder in Widerspruch geraten könnten. Für die oben genannten Berufe durch besondere Normen ausgesprochen (§ 10 AO. zit.), gilt dieser Satz für jeden Mandatar als Ausfluß der dem Obligationsverhältnisse des Bevollmächtigungsvertrages eigenen Treuepflicht.[23]

So wenig jedoch der Kontrahierungszwang (oben b) identisch ist mit unmittelbarer gesetzlicher Geschäftsführungspflicht, so wenig diese Ablehnungspflicht mit Nullität der Annahme des Auftrages.[24] Der Bevollmächtigungsvertrag kommt gültig zu stande und der Mandatar haftet, eben aus dem Vertrage, dem Mandanten, dessen Interessen er in jener Pflichtenkollision hintansetzt.[25]

§ 75.

2. Die **Form** der beiderseitigen Willenserklärungen ist frei[1] (§ 883). Der Auftrag, wie die Annahme desselben, können mündlich

[22] Vgl. auch das Gesetz vom 4. April 1875, RGBl. Nr. 68, Art. 69 Z. 6 und 7, betreffend die Handelsmäkler, welche allerdings regelmäßig überhaupt nicht unter den Normen des Bevollmächtigungsvertrages stehen, siehe oben § 71 Z. 4.

[23] Vgl. PrLR. I 13 §§ 20 f. und unten S. 536, auch Art. 69 des zitierten Gesetzes vom 4. April 1875: Handelsmäkler „sind verpflichtet, die ihnen anvertrauten Geschäfte mit . . . Treue und Redlichkeit und mit Vermeidung alles desjenigen, was das Vertrauen in ihre Unparteilichkeit . . . schwächen könnte, zu besorgen".

[24] Ebenso Krainz II S. 286 N. 2. Anders, soweit das Verbot auch den Inhalt des Auftrags zu einem unerlaubten macht (oben S. 498 f.); die in Gesetzen (§ 34 NO.) und den Kommentaren (s. Kirchstetter S. 519) hervorgehobene Verpflichtung zur Ablehnung des Auftrages tritt in diesen Fällen zurück hinter der Nullität des Vertrages nach § 878.

[25] Praktisch wichtig, weil sich daher — bei Annahme kollidierender Mandate — möglicherweise eine Ersatzpflicht ex contractu gegenüber beiden Auftraggebern herausstellen kann, während dies bei Nullität der pflichtwidrigen Annahme lediglich dem ersten Auftraggeber gegenüber möglich wäre.

[1] Ein Beispiel einer gewillkürten Form bietet die für den Postsparkassenverkehr in der „Belehrung" der Kontoinhaber enthaltenen Bestimmung, daß das Verlangen der Einlösung eines

oder schriftlich geschehen (§ 1005), und beide ebensowohl durch stillschweigende wie durch ausdrückliche Erklärung.[2] „Stillschweigend"[3] kann der Auftrag auch die Zusage einer Entlohnung enthalten (§ 1004).[4] Stillschweigend kann die Annahme des Auftrages erfolgen auch in den Fällen, für welche § 1003 ausdrückliche Beantwortung vorschreibt;[5] denn nicht zur Perfektion des Vertrages, sondern nur zur Vermeidung der Haftung für den dem Auftraggeber durch die Ungewißheit etwa zustoßenden Schaden ist hier ausdrückliche Erklärung unumgänglich. Besondere Beachtung aber verdient die Form indirekter, „stillschweigender" Äußerung des Vertragswillens, welche sich

a) aus dem Verhältnis von Auftrag und Vollmacht ergeben kann. So wie Auftrag und Vollmacht — die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung und die Macht zur geschäftlichen Vertretung — begrifflich zu trennen sind, so scheiden sich auch die diesbezüglichen Willenserklärungen des Geschäftsherrn — der „Auftrag", der ihm den Beauftragten binden soll, und die „Bevollmächtigung", durch die er Dritten kundgibt, daß er die Geschäftsfolgen auf sich nehme. Vom Standpunkte des Obligationsverhältnisses des Mandates erscheint die „Vollmacht" als Mittel zur Durchführung,[6] nicht aber als Form des Vertrages[7] über die Geschäftsbesorgung. Daher brauchen die beiden Erklärungen sich nicht immer zu decken,[8] daher kann die eine gültig,

---

Wechsels durch die Postsparkasse durch die Ausstellung eines Schecks über den Wechselbetrag gestellt werden muß; vgl. dazu die Entsch. Now. III 443.

[2] Zeiller III S. 269. So auch für das deutsche Recht, siehe Schollmeyer S. 120; nach PrLR. I 13 § 4 mußte der Auftrag ein ausdrücklicher sein, vgl. Förster-Eccius II S. 355 N. 36. Über diesbezügliche Zweifel für das französische Recht (mit Rücksicht auf die Fassung von Code Art. 1985) siehe Troplong Nr. 114 ss., Demolombe Des contrats VIII p. 59 ss.

[3] Über den Legalbegriff der „stillschweigenden" Willenserklärung des ABGB. s. Ehrlich Die stillschweigende Willenserklärung S. 291 f., vgl. auch unten N. 18 und den Zusatz zu diesem Paragraph.

[4] Des näheren wird auch hier (vgl. oben S. 328) die Analogie des § 1152 platzgreifen; vgl. Ehrlich a. a. O. S. 47, §§ 16 und 17 AO.

[5] So meint wohl auch Zeiller III S. 271; und so dürfte es auch für das deutsche Recht gelten, wo das Verhältnis zwischen § 663 und § 151 BGB. Anlaß zu Zweifeln gibt, vgl. Planck zu § 663 Anm. 1, Crome II S. 619 N. 61, Bormann (Diss.) zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" in § 675 BGB. (1901) S. 38 ff.

[6] Vgl. oben § 61 N. 36 und 37.

[7] Richtig Tilsch Der Einfluß der ZPrO. (2. Aufl.) S. 242. Auf die Frage, wie sich die Vollmachtsurkunde zu der Vollmachtswillenserklärung verhält (Hupka Die Vollmacht S. 169), ist hier nicht einzugehen.

[8] Daher auch eine Blankovollmacht, aber nicht Blankoauftrag, möglich; vgl. Leonhard Der Irrtum S. 160 f., Schultze Grünhuts Ztschr. XXII S. 164 ff. Dazu PrLR. I 13 § 113 und Zeiller III S. 274.

die andere ungültig,[9] daher endlich kann, im Falle einer schriftlichen „Vollmacht" (§ 1005), von Anwendung des § 887 keine Rede sein.[10]

Alles dies ist bereits an früherer Stelle[11] so sehr betont, daß nunmehr ohne Gefahr des Mißverständnisses doch auch wieder eine andere Seite des Verhältnisses hervorzuheben ist.

Praktisch darf nämlich davon ausgegangen werden, daß, wo überhaupt Auftrag und Bevollmächtigung nebeneinander stehen, die Schlußfolgerung aus dem Inhalt der Vollmacht auf den des Auftrages zumeist gerechtfertigt erscheint, weil es füglich das Natürliche ist, daß der Geschäftsherr dem Mandatar zu nicht mehr und nicht weniger Vollmacht gibt, als das erfordert, wozu er ihn bestellt (vgl. §§ 1009 und 1029). Insoweit dieser Schluß im Einzelfall — mit aller Vorsicht gezogen — zutrifft, kann daher die Vollmacht als indirekter oder „stillschweigender" Ausdruck des Auftragswillens gelten, der auch für die Verbindlichkeiten des Mandatars gegen seinen Auftraggeber maßgebend ist.

Das trifft in erster Linie für die schriftliche Vollmacht (§ 1005) zu, aber auch für die vom Gesetze so genannte „stillschweigende Bevollmächtigung" (§§ 1027 ff.). Gleichwie die dem Mandatar eingehändigte Vollmachtsurkunde ihm nicht bloß zur Legitimation für sein Auftreten nach außen, sondern im Zweifel auch zur Information über seine Pflichten dient (§ 1009)[12], so dürfen auch die „Vermutungen", richtiger Auslegungsregeln[13] des Gesetzbuches betreffend die „Bevollmächtigung von Dienstpersonen" im Zweifel nach beiden Richtungen verwertet werden[14] — wobei allerdings nicht übersehen werden darf,

[9] So mit Rücksicht auf § 1018 bei Bevollmächtigung eines Verpflichtungsunfähigen; vgl. auch unten S. 525.

[10] Vgl. den Fall Slg. 13100.

[11] Oben § 61.

[12] Er hat das Geschäft „seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß" zu besorgen; vgl. Cod. Ther. III 15 Nr. 24: „Eine schriftliche Vollmacht ist dahero sowohl für den Befehlshaber selbst, als für den Dritten . . . allemal sicherer, um damit von dem Befehlsgeber nicht allein jener keiner Überschreitung des Befehls beschuldiget, sondern auch die mit diesem geschlossene Handlung aus Vorwand der abgängigen Gewalt nicht entkräftet werden möge".

[13] Über das Verhältnis solcher Auslegungsregeln zu ergänzenden Rechtssätzen und Willens-„Vermutungen" siehe Stammler Das Recht der Schuldverhältnisse S. 56 ff., Leonhard Der Irrtum S. 209 ff., vgl. Danz Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 85 ff., übrigens darüber gut schon Zeiller III S. 13 f. (nicht ganz so Unger II S. 601 N. 53) und die Entsch. Slg. 9935.

[14] In erster Linie betreffen sie aber doch die Vollmacht, nicht den Auftrag, wie Hasenöhrl II S. 385 N. 43 vorauszusetzen scheint. — Ganz anderer Natur sind die Fälle der von der älteren Theorie so bezeichneten „vermuteten Vollmachten" (vgl. Eck Rechtslexikon II S. 121 f., Koch III S. 542 ff.,

daß die Ausschließung der gesetzlichen Interpretation, der Gegenbeweis gegen die „Vermutung", nicht in beiden Richtungen identisch ist. Die „Vollmacht" erleidet für den Dritten eine Einschränkung nur so weit, als eine solche „offen", d. i. für ihn aus der Sachlage erkennbar ist,[15] der „Auftrag" für den Mandatar durch jede beliebige ihm zukommende Weisung des Geschäftsherrn.

Die Unabhängigkeit von Auftrag und Vollmacht hingegen bewährt sich in Bezug auf formale gesetzliche Vorschriften.[16] Wo das Gesetz für die Vollmacht zu gewissen Geschäften eine besondere äußere Form fordert — wie zur Vertretung im Prozeß (§ 30 ZPO.) oder zu einer grundbücherlichen Einverleibung (§ 31 GrdbG.) oder der Aufnahme eines vollstreckbaren Notariatsaktes (§ 3 NO.)[17] — oder wo es eine Spezialvollmacht verlangt (§ 1008 ABGB., § 31 GrdbG.), ist dies Voraussetzung lediglich der Vertretungsmacht des Mandatars; der Auftrag ist bei Außerachtlassung jener Vorschriften nicht wegen Formmangels ungültig. Und er ist es auch nicht etwa wegen Unmöglichkeit der Ausführung; der Mandatar ist gleichwohl durch die Annahme des Auftrages gebunden, und die Unzulänglichkeit der Vollmacht hat nur die Bedeutung, daß ihn, so lange ihm dies zur Ausführung des Auftrages möglicherweise unentbehrliche „Werkzeug" nicht in gehöriger Ausstattung gegeben ist, der Vorwurf der mora nicht treffen kann.

b) „Stillschweigende" Annahme ist es insbesondere, wenn der Empfänger des Auftrags, ohne direkte Antwort zu geben, sofort zur tatsächlichen Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäftes schreitet:[18]

Annahme durch Erfüllungshandlungen. Zusatz.

Buchner S. 33 f.), wie sie das PrLR. I 13 §§ 119 ff. aufgenommen hat. Da handelt es sich in der Tat nur um eine — vom Gesetze ausnahmsweise ohne Vollmacht gewährte — Vertretungsmacht nach außen, ohne irgend einen Bezug auf ein internes Gestionsverhältnis (so sehr richtig Förster-Eccius II S. 358 f.). Dem ABGB. sind diese Fälle unbekannt; verwandt damit ist neuestens der Fall des § 38 ZPO. (Die Motive der Regierungsvorlage zu diesem Paragraph S. 202 sprechen von einer „Vermutung des Vorhandenseins einer Vollmacht"). — Ebensowenig gehört hieher die Geschäftsführungsbefugnis des Ehemannes nach § 1238, welche trotz der Ausdrucksweise des Gesetzes nicht auf einer „Vermutung" eines Auftrages (auch nicht praesumtio juris et de jure, wie Kirchstetter S. 520 f. meint), sondern auf einem gesetzlichen Verwaltungsrecht beruht, Krainz II S. 423.

[15] Vgl. § 1026, Art. 296 HGB., dazu Krasnopolski Schutz des redlichen Verkehrs S. 41 f.

[16] Vgl. über diese für das preußische Recht besonders wichtige Frage Dernburg Pr. R. II S. 518, Koch III S. 535 f., Förster-Eccius II S. 356.

[17] Andere Beispiele noch bei Stubenrauch II S. 224.

[18] Zeiller II S. 269, Ehrlich a. a. O. S. 112 f., der allerdings, S. 172 f., meint, man werde der

c) Hält man sich nun vor Augen einerseits, daß, wie oben (S. 518) bemerkt, die Reihenfolge der Willenserklärungen bei Abschluß des Mandatsvertrages auch die sein kann, daß der Geschäftsführer sich zur Besorgung erbietet und der Geschäftsherr dies akzeptiert, anderseits, daß, nach dem eben (zu b) Gesagten, die Übernahme der Pflicht der Geschäftsbesorgung auch durch deren tatsächliche Ausführung erfolgen kann, so scheint juristische Logik zu dem Satze zu führen, der Bevollmächtigungsvertrag könne auch durch nachträgliche Genehmigung einer unbeauftragten Geschäftsführung zu stande kommen.[19]

Allein zunächst ist mit ebenso guter Logik gesagt worden, der Auftrag, ein bereits besorgtes Geschäft zu besorgen, sei ein unmöglicher, als solches daher ein nachträgliches Mandat undenkbar.[20] Entscheidend jedoch ist folgendes. Die Geschäftsführung war und bleibt in solchem Falle doch eine unbeauftragte; ob und welche Rechtsfolgen sie nach sich zieht, kann daher nur aus dieser causa beurteilt werden, und die Ratihabition durch den Geschäftsherrn kann dabei nur als ein Element der Beurteilung der „utilitas" des Geschäfts, aber nicht mehr als Entstehungsgrund des gegenseitigen Obligationsverhältnisses in Betracht kommen.[21] Nur so viel ist an dem an die Spitze gestellten Gedanken wahr: Die vorerst ohne Auftrag unternommene und bis zu einem gewissen Punkte gebrachte Geschäftsführung kann wohl auch als das Anbieten, Realofferte, der Fortsetzung und Vollendung des Geschäftes gelten (vgl. § 1039). Insoweit also kann die Ratihabition des bereits Getanen durch den Geschäftsherrn zugleich als Auftrag

Eigenart solchen „realen Abschlusses des Vertrages" nicht gerecht, wenn man sie als „stillschweigende Willenserklärung" bezeichne; vgl. auch PrLR. II 13 § 12.

[19] So wird für das gemeine Recht, auf Grund L. 60 D. de R. J., sehr allgemein gelehrt, vgl. Buchner S. 31, Kritz S. 8 ff., Seuffert Die Lehre von der Ratihabition S. 48 ff., Ogonowski Die Geschäftsführung ohne Auftrag S. 35 f. N. 28, aber auch z. B. Ehrlich a. a. O. S. 74, Grünhut S. 195, obgleich diese Schriftsteller das Widerspruchsvolle dieser Auffassung nicht verkennen (s. unten N. 20). Das ABGB. (§ 1016) bietet keinen Anhaltspunkt für die Aufstellung des im PrLR. I 13 § 239 allerdings rezipierten Satzes der L. 60 D. cit., vgl. Seuffert a. a. O. S. 57. Näheres über diese Fragen gehört in das Kapitel von der Geschäftsführung ohne Auftrag.

[20] Koch III S. 522, Grünhut S. 52 f. (siehe aber die vorige Note), Guillouard p. 380, vgl. Entwurf Horten III 16 § 4: „Nur zukünftige Geschäfte können durch den Bevollmächtigungskontrakt aufgetragen werden".

[21] Vgl. Koch III S. 523, Zimmermann Die Lehre von der stellvertret. neg. gestio S. 132. Ob auch nur in ihrem praktischen Erfolg die actio aus der genehmigten negotiorum gestio und die actio mandati ganz gleich sind (so Grünhut S. 204 ff., Tuhr Actio de in rem verso S. 202), muß hier noch dahingestellt bleiben; s. dazu den Fall Slg. 4597.

zur Weiterführung gelten und durch dieselbe in der Tat — pro futuro — ein Bevollmächtigungsvertrag zu stande kommen.[22]

Zusatz. Die Möglichkeit des Eingehens auf einen Vertrag durch tatsächliche Ausführung desselben, **„Annahme durch Erfüllungshandlungen"**[23] ist vom Standpunkte des österreichischen ebenso anzuerkennen wie von dem des gemeinen oder des neuen Reichsrechtes:[24] Wenn der Empfänger eines Auftrags, durch diesen veranlaßt, dessen Durchführung sofort ins Werk setzt, so ist das gewiß eine „Handlung, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln übrig läßt", daß er jene Geschäftsbesorgung übernehmen wolle, also im Sinne des Gesetzes, § 863, „stillschweigende" Erklärung des Annahmewillens. Bei solchem Vertragsschluß ergeben sich allerdings gewisse Schwierigkeiten, die aber doch wohl mehr theoretischer Natur sind und deshalb an dieser Stelle keinen ausführlicheren Exkurs erheischen dürften. — 1. „Annahme" einer Vertragsofferte ist grundsätzlich (das gilt trotz des verschiedenen Bildes, das sich unter dem Gesichtswinkel jeder derselben darbietet, sowohl für die „Äußerungs"- und „Übermittlungs"-, wie für die „Empfangs"- und „Vernehmungs"-Theorie[25]) eine vom Oblaten an den Offerenten zu richtende, zur Kenntnisnahme des letzteren bestimmte Willenserklärung; taugt dazu die „Erfüllungshandlung" in obigem Sinne, die tatsächliche Besorgung des nicht beantworteten Auftrags? So gewiß manche Ausführungshandlungen ganz ebenso gut wie eine wörtliche Erklärung geeignet sind, dem Auftraggeber „zuzugehen",[26] so gewiß ist die Ausführungstätigkeit des Beauftragten unter Umständen auch so geartet, daß sie sich gar nicht in der Richtung zum Auftraggeber bewegt und als solche ganz außerhalb des Bereiches der Wahrnehmung des letzteren bleibt;[27] kann auch solche „Erfüllungshandlung" als Annahmeerklärung gelten? Ein Grund oder ein gesetzlicher Anhaltspunkt

---

[22] Vgl. Ehrlich a. a. O. S. 78 und die daselbst S. 80 angeführte französische Entscheidung.

[23] Zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand der einschlägigen Fragen und über sonstige Literatur kann namentlich die Schrift von Wedemeyer „Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen" (1904) dienen; vgl. auch Ehrlich a. a O. S. 112ff. und 115ff. über „Realabschluß durch Erfüllungshandlungen" und „durch Aneignungshandlungen". Die letzteren sind im ABGB. § 1016 a. E. anerkannt, interessieren aber an dieser Stelle weniger als auf dem Gebiete der negotiorum gestio.

[24] Wo § 151 BGB. hauptsächlich der Lösung dieser Fragen zu dienen bestimmt ist; vgl. Wedemeyer a. a. O. S. 35 ff. und 75. Allerdings scheinen auch damit die alten Zweifel nicht beseitigt.

[25] Vgl. Wedemeyer a. a. O. S. 9ff.

[26] So z. B., wenn der Empfänger des Auftrages zum Kauf einer Sache für den Auftraggeber statt aller Antwort die Sache sofort ankauft und den Verkäufer anweist, sie unmittelbar dem Auftraggeber zuzusenden. Daß übrigens das „Zugehen" (§ 130 BGB.) auch der ausdrücklichen Erklärung noch keinen zweifellosen Zeitpunkt bedeutet, siehe Titze Jahrb. f. Dogm. XLVII S. 379 ff.

[27] So z. B. wenn die einzukaufende Sache dem Auftrage gemäß sofort an einen Dritten, vielleicht in entferntem Lande, abzufertigen war.

dafür, daß in dieser Frage ausnahmsweise zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung ein prinzipieller Unterschied zu machen wäre,[28] besteht nicht. Ist die sogenannte „Empfangstheorie" der herrschenden Meinung gemäß die sachlich befriedigende und richtiger Ansicht nach auch dem ABGB. entsprechend,[29] so muß sie auch für die Annahme durch konkludente Handlung gelten; auch für solche muß diese Lehre fordern, daß sie, wenn auch vom Offerenten nicht wirklich zur Kenntnis genommen, doch ihm „zugegangen" sei. Auf die oben zuletzt berührten Ausführungshandlungen, die sich nicht unmittelbar in der Richtung des Auftraggebers äußern, angewendet, kann das füglich nur bedeuten: Nur dann, und erst dann, wirkt die wirkliche Ausführung des Auftrags als Annahme, wenn dem Auftraggeber (Offerenten) entweder eine direkte Mitteilung des Geschehenen zugegangen oder ihm sonst die tatsächliche Möglichkeit der Wahrnehmung des Erfolges der Tätigkeit des Beauftragten geworden ist. Von vorneherein zu behaupten, daß jede Erfüllungshandlung ohne Rücksicht auf deren Erkennbarkeit für den Offerenten genüge, hieße das Vertrauensprinzip[30] verleugnen, auf welchem die ganze Lehre vom Vertragsschlusse im ABGB. und insbesondere die „Empfangstheorie" aufgebaut ist. Für die Beurteilung konkreter Fälle ist aber eines nicht zu vergessen, und damit mindert sich in den praktischen Ergebnissen um ein Bedeutendes der Abstand von derjenigen extremen Lehre, welche die Annahme durch Erfüllungshandlungen von den Grundsätzen der Willenserklärung überhaupt loszulösen bestrebt ist.[31] Zweifellos liegt es in der Hand des Offerenten, in der Offerte auch die Art und Weise zu bestimmen, wie er deren Annahme erwarte;[32] im ABGB. bezüglich der Zeit der Annahme ausdrücklich anerkannt (§ 862 pr.), gilt dies auch bezüglich aller sonstigen Modalitäten. So mag die Offerte auch, wörtlich oder ihrem gesamten Inhalte nach, den Verzicht auf direkte oder indirekte Mitteilung der Annahme enthalten.[33] Und eben die Fälle, welche in

---

[28] So Hasenöhrl I S. 667 f.

[29] Mit Recht ist schon von vielen Seiten darauf hingewiesen, daß die Wendung des § 862, die Annahme müsse innerhalb der Frist „dem versprechenden Teile bekannt gemacht werden" (nicht „bekannt gemacht sein") nur als Ausdruck der Empfangstheorie verstanden werden könne (also nicht anders wie jetzt das „Zugehen" in § 130 DBGB., vgl. Hasenöhrl I S. 659 f., Kirchstetter S. 446 N. 5, jetzt auch (wieder) Stubenrauch II S. 11, Krainz II S. 51, ferner Stobbe-Lehmann Handb. des deutschen PrR. III S. 132 N. 14, Schott Der obligat. Vertrag unter Abwesenden S. 248, Regelsberger Die Vorverhandlungen bei Verträgen (Ziv. Erörter. I) S. 44.

[30] Vgl. unten S. 543.

[31] So namentlich Ehrlich a. a. O. S. 112 ff. und 135 f., Bekker P. II S. 116 f.

[32] Dies wird mit Recht hervorgehoben namentlich von Sohm Ztschr. für HR. XVII S. 99 f., doch dürfte es zu viel gesagt sein, daß jede Offerte eine derartige Willenserklärung des Offerenten in sich schließe.

[33] Auch ohne eine diesbezügliche positive Gesetzesbestimmung, wie § 151 DBGB. führt Auslegung „nach Treu und Glauben" zu diesem Ergebnisse; vgl. dazu die zutreffenden Bemerkungen von Wedemeyer a. a. O. S. 82.

erster Linie zu den einschlägigen Erörterungen in Literatur und Praxis Anlaß geben,[34] gehören hieher, die Fälle nämlich, wo der Auftrag sofortige Ausführung entweder ausdrücklich verlangt oder auf ein zweckentsprechend nur unverzüglich durchzuführendes Geschäft[35] lautet. Wollte man hier an dem Theorem festhalten, daß der Vertrag erst in dem Augenblicke perfekt werde, wenn die Annahme des Auftrags durch dessen Ausführung dem Auftraggeber mitgeteilt oder ihm auch nur die Möglichkeit, von dieser Tatsache Kunde zu bekommen, geboten sei, so geriete man in einen unlösbaren Zirkel.[36] Denn man kann vom Empfänger des Auftrags nicht verlangen, daß er mit der Ausführung wirklich beginne, bevor er weiß, daß der Mandatsvertrag perfekt, also bindend auch für den Auftraggeber geworden; würde er doch bis dahin auf eigene Gefahr handeln (wenn in der Zwischenzeit ein Widerruf einträfe).[37] Wartet er aber, bis er annehmen kann, daß seine Annahmemitteilung dem Auftraggeber zugekommen sei, so ist der Zeitpunkt versäumt, in welchem er das Geschäft auftragsgemäß besorgen kann und soll![38] Hier muß deshalb die „Erfüllungshandlung" selbst schon fertige „Annahme" und Perfektion des Vertrags bedeuten, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Auftraggebers.[39] — 2. Ist „Erfüllungshandlung", welche als Annahme des Auftrags erscheint und demgemäß den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezeichnet, schon der Beginn der Ausführung oder erst deren Vollendung? Nach dem festgehaltenen Grundgedanken der Erfüllungshandlung als stillschweigender Willenserklärung muß (vorbehaltlich der Beurteilung der quaestio facti) gesagt werden, daß auch schon die erste ernstliche Ausführungshandlung für den Annahmewillen konkludent ist. Die theoretische Formel für die Grenzlinie zwischen noch unmaßgeblichen bloßen „Vorbereitungs"- und wahren „Erfüllungs"-Akten zu finden, ist vielleicht praktisch nicht von so großem Belang. Denn, mag man nun die Ausführungstätigkeit in einem früheren oder späteren Stadium als „Annahme" des Auftrags betrachten, immer wird man zugeben

---

[34] So schon in den römischen Quellen, s. Wedemeyer a. a. O. S. 2 f., und im deutschen BGB., vgl. D. Mot. I S. 172 f.

[35] Vgl. Hölder Komm. Allg. Teil S. 330.

[36] Dies anerkennt auch Regelsberger a. a. O. S. 29, der daraus aber nur Gebundenheit des Offerenten ableiten will.

[37] Cf. L. 15 D. h. t.: „Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum".

[38] Ein anderes ist es, daß der Beauftragte nach Lage des Falles vermöge seiner Diligenzpflicht als Mandatar von dem geschehenen Vollzuge dem Mandanten Anzeige zu machen hat (vgl. unten S. 591); diese Anzeige „gibt nur Kunde vom entstandenen Vertrag . . . ihre Unterlassung hat nicht die Zerschlagung des Vertrags, sondern nur die Haftung . . . für den daraus entstandenen Schaden zur Folge": Regelsberger in Endemanns Handb. des HR. II S. 447.

[39] Vgl. Dernburg P. II S. 32, Krainz II S. 52. Zu weit geht Tropplong Nr. 109, der dies bei jedem Mandat annehmen zu müssen glaubt.

müssen, daß der Beauftragte diese stillschweigende Annahmeerklärung, nicht minder als die ausdrückliche, noch zurücknehmen kann,[40] so lange noch res integra ist; „res integra", d. i. so lange er das tatsächlich bereits Getane noch wieder ungeschehen machen kann, ohne in die Rechtssphäre des Auftraggebers einzugreifen.[41] Nicht mehr res integra ist aber auch schon dann, wenn der Auftraggeber von der begonnenen Ausführung einmal Kunde erlangt hat, und deshalb in dem Vertrauen, sein Geschäft voll versorgt zu wissen, nicht mehr getäuscht werden darf. — 3. Für die Frage, wie lange der Auftraggeber seinerseits an den Auftrag (seine Offerte) gebunden bleibt, d. h. wie lange noch er die ohne direkte Beantwortung erfolgte Ausführung auf seine Rechnung nehmen muß,[42] bleibt es in Ermangelung besonderer Bestimmungen bei den allgemeinen Normen über die Annahme von Offerten. Die „Erfüllungshandlung" in dem (oben zu 2) bestimmten Sinne muß also, soll der Mandatsvertrag durch sie perfekt werden, innerhalb der gesetzlichen Fristen des § 862 getan sein.[43] Wiederum aber ist (wie oben zu 1) zu erinnern: Die Dauer der Gebundenheit an sein Wort bestimmt in erster Linie der Offerent selbst durch seine Offerte (Auftrag). Geht nun dieser Auftrag auf sofortige Ausführung, so kann das nur bedeuten, der Auftraggeber wolle so lange, aber auch nur so lange gebunden sein, bis er bei sofortiger Ausführung (§ 904: „nämlich ohne unnötigen Aufschub") die Durchführung des Geschäftes[44] erwarten kann. Die „Erfüllungshandlung" nach dieser Zeit ist verspätete Annahme, d. i. keine Annahme, sondern selbst (reales) Anbot auf Gefahr des Beauftragten, vom Auftraggeber nach Belieben zu akzeptieren oder zurückzuweisen.[45]

---

[40] Vgl. Hölder a. a. O. S. 332, a. M. Gareis Komm. Allg. Teil S. 188.

[41] Beispiele bei Schott a. a. O. S. 125 f.; vgl. auch unten § 91 Z. 7.

[42] Vgl. oben bei N. 37.

[43] Anders Krainz II S. 50.

[44] Sehr richtig bemerkt aber Wedemeyer a. a. O. S. 117: „Daß der Antragsempfänger den ersten sich als Annahmeerklärung qualifizierenden Akt später vornimmt, als den Berechnungen des Offerenten entspricht, muß diesem gleichgültig sein, wenn die Vollendung der Erfüllung nur rechtzeitig gelingt".

[45] Vgl. dazu Slg. N. F. 68. — Ob und inwieweit sich aus der verspäteten Ausführung Ansprüche aus dem Titel der unbeauftragten Geschäftsführung ergeben, ist eine andere, hier nicht weiter zu verfolgende Frage.

IV.

Die Verpflichtungen aus dem Bevollmächtigungsvertrage.

A.

Verpflichtungen des Mandatars.[1]

§ 76.

1. Treuepflicht des Mandatars.

Das durch den Bevollmächtigungsvertrag begründete Obligationsverhältnis steht unter dem Richtmaß der „bona fides", die Leistungen sind „zu bewirken, wie **Treu und Glauben** es erfordern" — gleich allen nicht rein abstrakten Schuldverhältnissen unseres Privatrechts.[2] Mit der „Treuepflicht" des Mandatars will aber mehr als dies gesagt sein.[3] Nicht um die Art und Weise der Erfüllung der beiderseitigen Leistungen[4] oder um die Schranken der Geltendmachung der beiderseitigen Ansprüche handelt es sich dabei, sondern um den positiven Inhalt der aus der eigenartigen causa des Vertrages dem Geschäftsführer erwachsenden Verpflichtung.[5]

Mit der Annahme des Auftrages — gleichviel ob gegen Lohn oder ohne Lohn[6] — hat sich der Mandatar zum rechtlichen Organ fremder Interessen gemacht: deshalb ist für ihn nicht mehr ein

---

[1] Zur Systematik der Verpflichtungen des Geschäftsführers vgl. Isay S. 107 f.

[2] S. oben S. 98 und 100 f., vgl. unten den Zusatz S. 541. Daß bei Vertragsverhältnissen, welche wie das Mandat auf eine länger fortdauernde Abwicklung abzielen, besonders reichlich Gelegenheit zur Beurteilung nach „Treu und Glauben" ist, hebt mit Recht hervor Schneider Treu und Glauben S. 127 f. und 193.

[3] Die besondere Bedeutung der „Treuepflicht" hat Steinbach Rechtsgeschäfte der wirtschaftl. Organisation S. 15 ff. und 30 (bezüglich des Mandats S. 20 f.) dargelegt — wobei es sich für ihn gegenüber den „Austauschverträgen" jedoch nur um einen, auf der größeren oder geringeren Festigkeit der „Organisation" beruhenden, graduellen Unterschied der Postulate von „Treu und Glauben" handelt, s. seine Studie über „Treu und Glauben im Verkehr" (1900), insbesondere S. 38 f. und 63 (gegen den Ausgangspunkt dieser Lehre aber oben § 64 Zusatz). Daß „Treuepflicht" und Leistungspflicht nach „Treu und Glauben" verschiedene Dinge sind, erkennt Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 266 N. 1; vgl. auch Dernburg II 2 S. 5, Isay S. 116 (mit Unrecht gegen ihn Dniestrzanski S. 71).

[4] Vgl. Schneider a. a. O. S. 127, Rehbein Das BGB. II S. 13.

[5] Vgl. oben S. 460 f.

[6] Daß die causa des Bevollmächtigungsvertrages nicht oder doch nicht mehr durch die Natur des „Freundesgeschäfts" charakterisiert wird, s. oben S. 461.

billiges Vermitteln[7] zwischen gegnerischen Interessen nach „Treu und Glauben" und „Verkehrssitte" in Frage, sondern schlechthin die Pflicht rückhaltloser Unterordnung unter das Interesse des anderen[8] in dem übernommenen Geschäfte. Der „Machthaber" hat seiner Schuldigkeit nicht schon Genüge getan, wenn er das ihm übertragene Geschäft ohne Arglist und ohne Nachlässigkeit ausführt; er hat überdies positiv alles zu prästieren, was das Vertrauen des Auftraggebers in seine Person von ihm erwartet. Und das ist es, was als „Treue", „fides" im prägnanten Sinne bezeichnet werden darf."

Im Gesetze kommt dieser Gedanke zu allgemeinem, wenn auch nicht sehr scharfem, Ausdrucke zunächst in § 1009: „Der Gewalthaber ist verpflichtet, das Geschäft ... emsig und redlich zu besorgen." Daß damit mehr, oder richtiger etwas anderes gemeint ist, als die bloße Diligenzpflicht des Schuldners,[10] lehrt die Beobachtung, daß das Gesetz bei anderen Obligationsverhältnissen, obgleich die volle Diligenzpflicht auch dort besteht, diese Wendung nirgends gebraucht. Nur noch die Verpflichtung des Vormunds, welcher eben dieselbe causa der „Geschäftsbesorgung" zugrunde liegt, ist in § 205 ebenso als „emsige" Verwaltung bezeichnet, hier mit dem charakteristischen Zusatze „getreulich und emsig".[11] In welcher Richtung aber sich diese besondere Treue des Mandatars bewegt, deutet der an jene Worte des § 1009 sich unmittelbar anschließende Satz an, wonach er „allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen" hat.[12]

Der Gedanke, daß der Auftrag zur Geschäftsbesorgung aus besonderem Vertrauen entspringt und besondere Treue fordert, erklärt es

[7] In dem Suchen dieser „Mittellinie" zwischen den gegnerischen Interessen liegt das Wesen des Urteils nach „Treu und Glauben": Schneider a. a. O. S. 132, 141 und 196, Stammler Das Recht der Schuldverhältnisse S. 43.

[8] Vgl. Ihering Der Lucca-Pistoja-Aktienstreit, Verm. Schriften S. 264 ff. — Dies Moment der ausschließlichen Vertretung der Interessen des einen Auftraggebers ist auch wesentlich für die Scheidung zwischen Bevollmächtigtem und Mäkler, vgl. Woltersdorf Die rechtliche Natur des Mäklervertrags S. 44 f. und 51, Crome Die partiar. Rechtsgeschäfte S. 411 ff. und 503 ff., dazu oben S. 503 f. — S. auch unten N. 15.

[9] Vgl. oben S. 460; Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II S. 666, Dernburg Pr. R. II S. 522.

[10] Auch Krainz II S. 286 versteht (wie sich aus N. 2 daselbst ergibt) hier die „Redlichkeit" in diesem Sinne. Cod. Ther. III 15 Nr. 44 spricht an der entsprechenden Stelle von „getreulichem Vollzug"; vgl. auch Buchner S. 64: „... mit Treue und Redlichkeit zu besorgen".

[11] Vgl. auch § 9 AO.: „Die Rechte seiner Partei mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten".

[12] Vgl. Steinbach Rechtsgeschäfte der wirtschaftl. Organisation S. 20 f.

ferner, daß das Mandat selbst *nach* seiner formellen Beendigung noch gewisse Wirkungen äußert (§ 1025),[13] sowie es gleichsam seine Schatten *vorauswirft* in der Antwortpflicht,[14] welche unter Umständen (§ 1003) dem Auftragsempfänger auferlegt ist.

Der Kern aber dieser Treuepflicht ist gesetzlich anerkannt in dem *Verbote der Verfolgung des eigenen Vorteils* (§ 1013). Die Auslegung wird dies Verbot in alle seine Konsequenzen zu entwickeln haben,[15] mag auch die Sanktion, welche § 1013 daran knüpft, durchaus singulärer Natur sein.

a) Nach dem *Wortlaut des* § 1013 ist es dem Mandatar „nicht erlaubt, ohne Willen des Machtgebers in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten *Geschenke anzunehmen*. Die erhaltenen werden zur Armen-Kasse eingezogen."

Sind damit wirklich nur *Schenkungen* im eigentlichen Sinne des Wortes gemeint? So weit das *Verbot*, der praktisch wichtigste Teil der Norm, in Betracht kommt, gewiß nicht; § 1013 will vielmehr, geradeso wie das preußische Landrecht (I 13 § 63) sagen, der Mandatar dürfe „den erhaltenen Auftrag nicht dazu gebrauchen, sich ohne Einwilligung des Machtgebers eigene Vorteile dadurch zu verschaffen."[16] Dabei sind Abstufungen zu beobachten: Zunächst Zuwendung von Vorteilen an den Mandatar von dritter Seite, um ihn zu einer Geschäftsführung gegen das Interesse seines Auftraggebers zu vermögen; daß dem Mandatar die Annahme solcher Bestechung verboten ist, als *doloses* Handeln, bedürfte nicht erst besonderer

[13] Vgl. die Disziplinarentscheidung vom 3. März 1904, GZ. 1904 Nr. 17; anderseits aber auch unten § 91 N. 23, und § 92 N. 25.

[14] Oben S. 520. Wer sich als geeignet zur Übernahme besonderer Vertrauensposten bekennt, ist demjenigen, der sich vertrauensvoll an ihn wendet, schon deshalb mindestens sofortigen Bescheid schuldig.

[15] Auf den *Makler* — für den die „Treupflicht" in obigem Sinne nicht besteht (oben N. 8) — ist das Verbot allerdings nicht auszudehnen, vgl. oben § 71 N. 14.

[16] So auch die Judikatur, wenn sie § 1013 zu der Frage heranzieht, ob der Geschäftsvermittler von beiden Seiten Provision beanspruchen dürfe, Slg. 8906 und 3512 (dazu aber oben § 71 N. 14. — Daß § 1013 von „Geschenken" spricht, ist ein Nachklang der im ABGB. aufgegebenen, früher aber herrschenden Vorstellung (s. oben den Zusatz zu § 60) von der notwendigen Unentgeltlichkeit des Mandats, wonach alles, was dem Mandatar aus Anlaß seiner Geschäftsführung von welcher Seite immer als „Belohnung" zugewendet werden mag, dem Rechtsgrunde nach Schenkung sei (*Zeiller* Komm. III S. 288 spricht sogar von „bedungener" Schenkung!). Der Gedankengang ist klar im WgalGB. III § 115 („. . . ihrer Bemühungen wegen eine Erkenntlichkeit einzuklagen . . . gegen die Natur des Empfehlungsvertrages") oder im Entwurf *Martinis* III 4 § 14 („um so mehr streitet es wider die Natur des unentgeltlichen Empfehlungsvertrages . . .").

Hervorhebung. In anderen, typischen, Fällen handelt es sich nicht um Bestechung, sondern wirklich lediglich um eine Entlohnung des Mandatars für seine Mühewaltung von Seite eines Dritten, der an dem Zustandekommen des Geschäftes ebenso interessiert ist wie der Auftraggeber; aber eben diese Bereitwilligkeit des Dritten zu einem Opfer für das Geschäft konnte der Mandatar dazu ausnützen, für seinen Mandanten günstigere Bedingungen zu erzielen, und wenn er dies unterließ, hat er mindestens nicht mit voller Diligenz gehandelt.[17] Aber auch dort endlich, wo alles dies nicht zutrifft, darf der Machthaber im Sinne § 1013 sich nicht dem Verdachte aussetzen, als ließe er sich nicht ausschließlich durch die Interessen seines Mandanten leiten, indem er auch für sich einen Nutzen aus der Geschäftsführung anstrebt, mag dies selbst ohne Schaden des ersteren möglich sein[18] — das fordert seine Treuepflicht. Nur solche Vorteile, deren Erlangung in gar keinem inneren Zusammenhange mit dem aufgetragenen Geschäfte steht, mag auch letzteres die äußere Gelegenheit dazu geboten haben, fallen nicht mehr unter das Verbot.[19] Gleichgültig ist es anderseits, ob solche Vorteile dem Mandatar von dem Dritten zukommen sollen, mit welchem er als Gegenkontrahenten namens des Machtgebers in Verbindung tritt, oder von Seite irgend eines dritten an dem Geschäfte formell nicht Beteiligten.[20]

Nicht in so weitem Sinne kann die positivrechtliche Sanktion des § 1013 (Schlußsatz) aufgefaßt werden, die Konfiskation zugunsten der Armenkasse; stünde sie doch sonst geradezu in Widerspruch mit § 1009, wonach der Machthaber allen Nutzen dem Machtgeber zu überlassen hat.[21] Vielmehr ist von vorneherein klar: So weit diese Restitutionspflicht reicht, hätte die Konfiskationsandrohung keine Spitze gegen den Mandatar, der ja auf keinen Fall den Nutzen in Händen behalten kann, auch nicht gegen den Dritten, dem ein Rückforderungsrecht gegen den Mandatar schon deshalb nie zustünde, weil dieser eben

[17] Sehr anschaulich dargestellt in der Entscheidung des DRG. IV S. 291.

[18] Vgl. Ofner II S. 51, Zeiller Komm. III S. 288: „Es ist genug, daß dadurch ein Verdacht und ein Reiz erregt wird, den Vorteil des Machtgebers nicht unparteilich zu beachten".

[19] So ausdrücklich PrLR. I 13 § 64; schon im Entwurf Martinis a. a. O. wurde aus diesem Grunde statt „bei Gelegenheit" gesetzt „in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung", wie jetzt § 1013 lautet. — Über bedenkliche Grenzfälle s. unten S. 571 f.

[20] So auch die Kommentare von Nippel und Stubenrauch zu § 1013.

[21] Im PrLR. I 13 §§ 62 und 63 ist der Zusammenhang der beiden Normen deutlich (vgl. auch Dernburg Pr. R. II S. 524 N. 32); unsere Kommentatoren gehen über diesen Punkt etwas zu leicht hinweg.

mit Rücksicht auf seine Restitutionspflicht durch den Empfang nicht bereichert sein könnte; dem Mandanten aber würde das Gesetz dadurch mit der einen Hand nehmen, was es ihm mit der anderen gegeben. Nach dieser dreifachen Erwägung erscheint die Konfiskation bedeutsam und begreiflich nur unter der Voraussetzung, daß es sich um Vorteile handelt, welche nicht unter die Restitutionspflicht des Mandatars gegenüber dem Mandanten fallen, aber auch nicht von dem Dritten — ex turpi vel injusta causa — zurückgefordert werden können[22] — Vorteile also, welche, wenn lediglich die allgemeinen Normen in Betracht kämen, als tatsächlicher, aber gegen die fides verstoßender Gewinn dem Mandatar verbleiben würden. Solcher Art sind aber nur Vorteile, die

α) der Mandatar nicht „in Rücksicht" auf das besorgte Geschäft, d. i. (mittelbar oder unmittelbar) auf Kosten des Mandanten sich verschafft, sei es durch Empfangnahme von Aufopferungen des Geschäftsgegners, die zugunsten des Auftraggebers zu verwerten waren, sei es als eine Bestechung, die zur Schädigung desselben führt;[23]

β) vorausgesetzt, daß dem Dritten, von dem die Zuwendung kommt, die Sachlage bekannt, ihm daher die condictio nach § 1174 versagt ist.[24]

Daß diese Fälle praktisch allerdings nicht häufig vorkommen, ist natürlich.[25]

Übrigens entfällt Verbot und Sanktion des § 1013, wenn der Auftraggeber die Annahme von Sondervorteilen durch den Mandatar

[22] Die Ideen der Gesetzgebungskommission scheinen in dieser Beziehung nicht sehr klar gewesen zu sein; das „Präsidium" sprach sogar davon, daß (Ofner II S. 51) dem Mandanten die „condictio ob turpem causam" zu geben sei. Zeiller Komm. III S. 289 begründet die Einziehung damit, daß „auch der Geber an der unerlaubten Handlung teilnimmt", obgleich dies ja nicht immer der Fall sein muß (vgl. den Text).

[23] In solchen Fällen dem Mandanten die Abforderung des Gewinnes des Mandatars nach § 1009 versagen, hieße ihm die natürliche Deckung für seinen Schaden entziehen.

[24] § 1013 hat nur in einer speziellen Anwendung das beibehalten (vgl. Ofner a. a. O.), was im PrLR. I 16 §§ 205 f. und in den früheren Entwürfen (Cod. Ther. III 20 Nr. 21 ff., Entwurf Horten III 21 § 23) als allgemeine Norm für die Hingabe ob turpem causam — aber eben nur für den Fall, daß die turpitudo auf Seite des Gebers liegt — statuiert war; auch in § 1174 findet sich der Hinweis auf die Konfiskation nur für diesen Fall. Die condictio ob turpem causam des vorwurfsfreien Gebers sollte dadurch nicht geschmälert werden. Eine wahre Ausnahme von dem Grundsatze des § 1174 enthält allerdings § 104 StG., den man wohl nicht mit Rippel VII S. 482 mit Rücksicht auf das ABGB. einschränkend auslegen kann.

[25] In der Jtg. findet sich gar kein einschlägiger Fall.

— im voraus oder nachträglich[26] — gutheißt; und daraus muß gefolgert werden, daß die Einziehung der „Geschenke" nicht von Amts wegen zu geschehen hat.[27] „Eingezogen" aber werden nur die „erhaltenen" Geschenke; die Armenkasse kann nicht etwa den Anspruch aus einer dem Mandatar erst gegebenen Zusage gegen den Dritten geltend machen.

Die Einziehung erfolgt zugunsten des Armenfonds des Ortes, wo die Annahme des verbotenen Gewinnes stattgefunden hat — nach Analogie des § 104 StG.[28]

Aus dem Grundgedanken des § 1013 (oben S. 533 f.), daß der Machthaber sich selbst über den Verdacht erhaben zu halten hat, als leitete ihn bei der Geschäftsführung nicht ausschließlich das Interesse seines Machtgebers, ergibt sich noch weiter[29]

b) die Pflicht, Interessenkollisionen zu vermeiden,[30] welche solche Zweifel nahelegen. Daher

α) die bereits berührte Verpflichtung des Mandatars, Aufträge dritter, deren Interessen mit denen des ersten Mandanten in Widerstreit stehen oder geraten können, entweder abzulehnen (oben S. 522) oder vor deren Annahme das erste Mandat zu kündigen,[31] es wäre denn, daß er die Zustimmung des Mandanten zu der Kumulierung erlangt hätte. Setzt sich der Mandatar darüber hinweg, so hat dies zwar nicht die Ungültigkeit des zweiten Bevollmächtigungsvertrages zur Folge, aber weder dem einen noch dem anderen seiner Auftraggeber gegenüber kann er sich nun zur Entschuldigung auf die selbstgeschaffene Pflichtenkollision berufen, falls er dessen Interessen nicht voll zu wahren vermag, und so kann er jedem von ihnen aus dem Vertrage ersatzpflichtig werden.[32] Nicht anders steht es bezüglich

[26] Deutlich in dieser Beziehung WgalGB. III § 115: „ohne Wissen und Willen des Machtgebers . . . Geschenke anzunehmen oder zu behalten".

[27] So auch Stubenrauch zu § 1013, Rippel VII S. 84, Ellinger zu § 1013 gegen Zeiller III S. 289 und Winiwarter IV S. 222. — Betreffend die dingliche Wirkung der Konfiskation s. Krainz I § 215 N. 5.

[28] Vgl. Stubenrauch a. a. O.

[29] Vgl. Zeiller III S. 289, auch Gruchot S. 343 N. 1.

[30] „Präventivschutz" der Treuepflicht: Isay S. 117.

[31] Vgl. PrLR. I 13 § 24. Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß diese Kündigung als „unzeitige" dem ersten Mandanten gegenüber gemäß § 1021 ersatzpflichtig machen kann; anders, der Verschiedenheit der Vertragskausa entsprechend, für das Depositum § 962 a. E.

[32] Vgl. oben § 74 N. 25 und PrLR. I 13 § 25. — Mehr als Ersatzpflicht, nämlich schlechthin Verlust jedes etwaigen Lohnanspruches als Folge dieses Verstoßes gegen die Treuepflicht anzunehmen, wie Dernburg Pr. R. II S. 521 N. 2, scheint bedenklich, wo es an einer der-

β) eines Auftrags, dessen Besorgung ihn mit den eigenen Interessen in Konflikt führen könnte.[33] Er hat ihn abzulehnen oder den bereits übernommenen, wenn die Schwierigkeit sich erst nachträglich herausstellt, zurückzulegen, soferne er nicht die Gewißheit hat, daß der Auftraggeber trotz Kenntnis der Sachlage ihm die Geschäftsbesorgung anvertrauen, bezw. belassen will. All dies wieder nicht bei sonstiger Nichtigkeit des Bevollmächtigungsvertrages, sondern bei sonstiger Haftung für jede nicht volle Wahrung der Interessen des Mandanten, auch wo dieselbe nicht ohne Aufopferung eigener möglich war.[34] Unter denselben Gesichtspunkt fällt endlich auch

γ) das „Selbstkontrahieren des Stellvertreters", d. i. die Frage, ob der Machthaber in Vertretung seines Machtgebers Rechtshandlungen gegenüber sich selbst, sei es in eigener Sache, sei es in seiner Eigenschaft als gleichzeitiger Vertreter eines Dritten, vornehmen kann, um so unmittelbar Rechtswirkungen zwischen sich selbst und seinem Machtgeber, bezw. zwischen seinen beiden Machtgebern zu schaffen.[35]

Sicherlich ist dies nicht von vorneherein als eine begriffliche Unmöglichkeit abzulehnen. Im Gegenteile: Hat der Vertreter die Macht über die Rechtssphäre seines Prinzipals zu verfügen und gleichzeitig Verfügungsmacht über die eigene, oder gleichzeitig als Bevollmächtigter eines Dritten über dessen Rechtssphäre, so ergibt dies logisch notwendig die formale Möglichkeit, daß diese eine Person des Vertreters durch eigene Verfügung jene beiden Rechtskreise in rechtliche Beziehungen zu einander setzen kann. Nur die juristische Konstruktionsfrage mag dann allenfalls aufgeworfen werden, ob dies noch Vertragsschluß zu nennen sei oder richtiger Erzeugung von vertragsgleichen Wirkungen durch einseitigen Willensakt (des Stellvertreters). Die Frage ist sekundärer Natur. Denn auch wer sich für letzteres entscheidet, braucht daraus nicht zu folgern, daß dann solches „Selbstkontrahieren" nur dort wirksam sein könne, wo das Gesetz (das sonst nur den Vertrag,

---

artigen positiven Gesetzesbestimmung (so für den Mäkler § 654 BGB.) fehlt; siehe dagegen Guillouard p. 481. — Besonderes gilt für den Notar im Falle des § 33 NO.

[33] Vgl. PrLR. I 13 § 21, Krainz II S. 286 N. 2.

[34] Für den Advokaten auch bei sonstiger Disziplinarstrafe, vgl. Entsch. vom 4. Jänner 1900, GZ. 1900 Nr. 22, auch Entsch. vom 5. November 1897, GZ. 1900 Nr. 44.

[35] Gute Orientierung über den Stand der Frage gibt Hupka S. 258 ff. — allenfalls auch die Dissertation von M. Samion Das sog. Selbstkontrahieren (1901) —: auch sachlich kann zur Ergänzung des im Texte Gesagten in allem wesentlichen auf die Darstellung Hupkas S. 273 ff. verwiesen werden.

d. i. die Einigung zweier Willen als bindendes Rechtsgeschäft allgemein anerkennt), dies ausdrücklich sanktioniere;[36] ist doch die zwingende Kraft der oben aus der Verfügungsmacht über zwei Rechtskreise abgeleiteten Schlußfolgerung eine solche, daß vielmehr behauptet werden muß, mit der gesetzlichen Anerkennung der direkten Stellvertretung[37] habe das Gesetz auch schon die formale Möglichkeit des „Selbstkontrahierens" des Stellvertreters geschaffen.[38] Das gilt ganz besonders für eine Gesetzgebung, die wie das ABGB. § 1017 der „Repräsentationstheorie" den prägnanten Ausdruck gibt: „Insoferne der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen" – warum nicht, so müßte man fragen, auch gegenüber sich selbst? Zum Überfluß könnte für das ABGB. als positiver Beleg für die Möglichkeit des Kontrahierens mit sich selbst § 272 angeführt werden. Wenn dieser dem Vormund zweier Mündel nur die gleichzeitige Vertretung beider in „Rechtsstreitigkeiten" verwehrt, so folgt daraus (arg. a contr. § 271), daß er sonst Geschäfte zwischen beiden als Vertreter beider zu schließen vermag.[38a]

Vom Standpunkte der Vertretungsmacht steht daher dem Selbstkontrahieren keine Schwierigkeit entgegen. Bedenklich scheint nur ein anderes: Kann dem Mandatar dies „Selbstkontrahieren" gestattet sein, wenn und weil er im Gegensatze der Interessen seines Mandanten und der eigenen oder der Interessen des gleichzeitig von ihm zu vertretenden Dritten mit seiner Treuepflicht gegenüber dem ersteren in Konflikt geraten muß? Das ist eine Frage des Verpflich-

[36] So namentlich M. Rümelin Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters S. 15 ff. und 28, Muskat Ztschr. für HR. XXXIII S. 518 ff. u. A., dagegen besonders Meißels in Grünhuts Ztschr. XVIII S. 524 ff.

[37] Über die fast nur für die kaufmännische Kommission wichtige Frage, ob das auch für die Ermächtigung zu indirekter Stellvertretung gelte, siehe die interessante Darlegung bei Grünhut S. 483 ff.

[38] Die Einwendungen Rümelins a. a. O. S. 20 f. scheinen mir allzu formalistisch Die Judikatur hat denn auch — s. ganz besonders die Entsch. des deutschen RG. VI S. 11 ff. und Sig. 2010, 4355 und 11507, dazu Geller ZBl. XVI S. 115 ff. — von dem Standpunkte des Textes ausgehend, in neuerer Zeit die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit sich selbst als gegeben angenommen, ebenso für das österreichische Recht Krainz I S. 327, Stubenrauch II S. 240, Meißels a. a. O. S. 530; desgleichen geht das deutsche BGB. § 181 davon aus, daß das „Selbstkontrahieren" erst durch positives gesetzliches Verbot ausgeschlossen werden müßte, vgl. D. Mot. I S. 224, Matthiaß I S. 250.

[38a] S. Hupka S. 336 f., Krainz II S. 506, Stubenrauch II S. 336 N. 1; anders die älteren Kommentare Zeiller I S. 541 f., Nippel II S. 477, Winiwarter I S. 550 f.

tungsverhältnisses zwischen Machthaber und Machtgeber — deshalb, wie oben bemerkt, an diese Stelle gehörig — eine Frage des „Auftrags" und vorerst nicht der „Vollmacht".[39] Und die Antwort ist bereits (zu α und β) gegeben: Wenn in concreto solcher Konflikt der Interessen besteht — was aber nicht notwendig immer der Fall sein muß[40] —, so darf der Mandatar, der diesen Konflikt hier wie sonst zu vermeiden verpflichtet ist, ohne Zustimmung des Mandanten den Weg der Geschäftsbesorgung durch Kontrahieren mit sich selbst nicht wählen. Allein während sonst (s. oben S. 536) zwar der Machthaber, der trotz solcher Interessenkollision von seiner Vollmacht Gebrauch macht, seinem Auftraggeber wegen dieser Pflichtwidrigkeit haftet, gleichwohl aber das von ihm „in offener Vollmacht" auftragswidrig mit einem Dritten abgeschlossene Geschäft seine volle Wirkung hat, ist die Sachlage hier eine andere. Hier ist der Mandatar selbst zugleich die Person, gegenüber welcher auf Grund der Vollmacht gehandelt werden soll. Er aber kann keinen „Vertrauensschutz" (unten N. 63) gegenüber der Vollmacht anrufen; denn er muß wissen, was er kraft seines Auftrags tun oder nicht tun darf und kann sich niemals darauf berufen, was er kraft der Vollmacht tun kann. Hier muß sich Auftrag und Vollmacht decken. Das Ergebnis ist demgemäß: Wenn im gegebenen Falle die Gefahr einer Interessenkollision besteht,[40a] so ist das „Selbstkontrahieren" des Mandatars nicht bloß unerlaubt, sondern auch ungültig.

2. Im übrigen steht der Mandatar für nicht mehr und nicht weniger ein als die bei allen Obligationsverhältnissen geforderte volle **Diligenzpflicht.** Aber eine einigermaßen individualisierende Beurteilung des im § 1297 gegebenen objektiven Maßes der „bei gewöhnlichen Fähigkeiten" vorauszusetzenden Aufmerksamkeit — gerade so wie der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" des deutschen BGB. (§ 276) — ist damit nicht ausgeschlossen, ja durch den Gedanken des § 1304 insoferne geboten, als der Auftraggeber, der seine Angelegenheit einer

[39] So auch Mitteis Die Lehre von der Stellvertretung S. 198, während Hupka S. 284 N. 1, dessen Ergebnissen nach dem im Texte folgenden durchaus beizustimmen ist, alles lediglich als „Frage des Umfanges der Vollmacht" ansehen will (und muß, um seinem Grundgedanken der streng abstrakten Vollmacht — siehe oben S. 446 — treu zu bleiben).

[40] So namentlich bei liberalen Zuwendungen des Vertreters an den Vertretenen, vgl. Hupka S. 283 und die Fälle Slg. 11507 und Slg. N. F. 1619.

[40a] Darauf abzustellen, ob wirklich eine Schädigung des Mandanten eintritt, gäbe, wie Hupka S. 287 f. ausführt, ein viel zu unsicheres Kriterium.

ihm nach ihren individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten als minder verläßlich bekannten Person anvertraut, es sich unter Umständen als eigene Schuld anrechnen lassen muß, wenn dieser sein Vertrauensmann in der Tat an Umsicht und Vorsicht nicht alles leistet, was vielleicht jeder anderer an dessen Stelle geleistet hätte.[41] Die Regel bleibt Haftung des Mandatars für jedes Verschulden (§§ 1009, 1012), nicht aber für Zufall,[42] so weit nicht sogenannter casus mixtus in Frage ist (§§ 1311, 1009 a. E.).[43] Auch daß er in Geschäften seines Berufes, z. B. als Advokat, besondere Berufskenntnisse[44] und Berufstreue zu bewähren hat, ist im Sinne des § 1299 nicht eigentlich eine Steigerung der regelmäßigen Haftung.[45]

Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienstleistung macht nach dem ABGB. für das Maß der Haftung keinen Unterschied[46] — mit alleiniger Ausnahme der Haftung für Ratschläge, welche der Mandatar etwa dem Mandanten zu erteilen in die Lage kommt (§ 1300).[47]

[41] Vgl. Wendt Archiv für die ziv. Prax. LXXXVII S. 438. — Es versteht sich, daß dies etwas anderes bedeutet als Haftung für „diligentia quam in suis", wie PrLR. I 13 § 55 bestimmt und Titze Die Unmöglichkeit S. 80 f., sowie im Grunde auch Steinbach Rechtsgeschäfte der wirtschaftl. Organisation S. 61 ff. postuliert.

[42] Vgl. auch § 1021 a. E. Daß der Machthaber — soweit er nicht die Grenzen des Auftrags überschreitet (unten § 78) — überhaupt nicht auf eigene Gefahr handelt s. unten § 86; vgl. dazu H. A. Fischer Jahrb. f. Dogm. XXXVII S. 239 f. Auch nach außen hin kann nach dem ABGB. die Haftung des Geschäftsführers als „falsus procurator", nicht über sein Verschulden (culpa in contrahendo) ausgedehnt werden, vgl. Hupka Die Haftung des Vertreters (1903) S. 47 ff., nur für den besonderen Fall des § 38 ZPO. ist die Haftung eine unbedingte. Vgl. auch Unger Grünhuts Ztschr. XV S. 679 N. 13. Selbstverständlich ist der Satz des Textes nicht zwingendes Recht; der Mandatar kann vertragsmäßig die Haftung auch für Zufall auf sich nehmen, wie dies z. B. durch den Delcredere-Vertrag des Kommissionärs geschieht, siehe Grünhut S. 344 ff., Troplong Nr. 373, Guillouard p. 427.

[43] Das gilt auch betreffs der Haftung für Substituten (§ 1010); siehe unten § 81, vgl. Krainz II S. 287, und zu dem Begriffe des „casus mixtus" (vgl. oben S. 231 f. und 306 f.) jetzt noch H. A. Fischer a. a. O. S. 265 f.

[44] Vgl. § 9 AO.: „Der Advokat ist verpflichtet, die übernommenen Vertretungen dem Gesetze gemäß zu führen"; Slg. 14421.

[45] Vgl. Zeiller III S. 717 f. („die Ausnahme ist nur scheinbar"). — Anders das PrLR. I 13 § 57.

[46] Wie nach PrLR. I 5 §§ 278 ff., I 13 §§ 57 f. Andere Gesetze — Code civ. Art. 1992, schweiz. Obl. R. Art. 113 — verordnen mehr andeutungsweise eine „mildere Beurteilung" der Haftung bei unentgeltlicher Übernahme der Verpflichtung. — Ob man, mit Titze a. a. O. S. 7 ff., zu einem ähnlichen Ergebnisse von dem Ausgangspunkte gelangen kann, daß die Frage, ob die ordentliche Erfüllung des Vertrages „unmöglich" geworden sei, sich je nach Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit desselben verschieden beantworte, scheint mir vom Standpunkte des ABGB. mehr als problematisch.

[47] S. oben S. 474 f.

Diese Diligenzpflicht, überall gleichsam getragen durch die Treuepflicht des Mandatars, beherrscht nun im ganzen wie im einzelnen[48] die Geschäftsbesorgung.

Zusatz. Der Satz von „**Treu und Glauben**" in Schuldverhältnissen ist neuerlich zu hohen Ehren gelangt, seit das deutsche BGB. ihn in zwei bereits berühmt gewordene[49] Paragraphe gefaßt hat: „Verträge sind so auszulegen" (§ 157) und „der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" (§ 242).[50] Die Durchführung dieses Gedankens wird als der „große Fortschritt" des Gesetzbuches gepriesen, welches darin „keinen gleichwertigen Vorgänger" hat.[51] Inhalt und Tragweite jener Gesetzesstellen genauer darzulegen, ist nicht dieses Ortes. Nur zweierlei Bemerkungen möchte ich nicht unterdrücken mit Rücksicht auf die unvermeidlichen Reflexe der neuen deutschen Lehre in dem Gebiete unseres bürgerlichen Rechts.[52] — 1. Im ABGB. ist dem Grundsatze von „Treu und Glauben" kein eigenes Gebot gewidmet, wie in dem deutschen BGB. Aber er gilt deshalb für uns nicht minder.[53] Die Entwicklung, zu der das gemeine Recht hindrängte,[54] ist für das Obligationenrecht des ABGB. bereits abgeschlossen: Alle Ansprüche aus Schuldverhältnissen sind „actiones bonae fidei".[55] Nicht viele österreichische Juristen werden den Mut haben zu behaupten, daß im Bereiche des ABGB. die Auslegung von Verträgen „an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften" habe,[56] weil das Gesetzbuch nicht, wie § 133 BGB.

---

[48] Vgl. unten §§ 77 bis 81.

[49] Diese Hoffnung hat Sohm über d. Entw. eines bürgl. GB. (1896) S. 21 nicht getäuscht.

[50] Dazu noch § 133 BGB.: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist . . . nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften".

[51] Stammler Das Recht der Schuldverhältnisse S. 50, ähnlich Wendt Unterlassungen und Versäumnisse S. 41, Danz Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 498 u. A. Übrigens fehlt es dem BGB. doch nicht an Vorgängern, siehe Code civ. Artt. 1134 und 1135, Sächs. GB. § 858, vgl. auch Dernburg II 1 S. 24, Steinbach Treu und Glauben S. 12. Der ungar. Entwurf § 1107 (§ 980) folgt auch hier dem deutschen BGB.

[52] Bezeichnend ist schon die äußerliche Tatsache, daß in den Erkenntnissen unserer Gerichte seit der Veröffentlichung des deutschen Gesetzbuches sich gern das Wort „Treu und Glauben im Verkehr" in Fällen einstellt, wo man früher in der Sache nicht anders geurteilt, aber sich mit naiverer Motivierung (s. unten N. 61) begnügt hatte; vgl. etwa Slg. N. F. 869, 900, 1510, 1769 (1. Instanz), 1770 (1. Instanz), 2027, 2289, 2490, 2705 (2. Instanz) — „Schlagworte reiten schnell": Unger Grünhuts Ztschr. XXXI S. 391 N. 4 a. E.

[53] S. Unger a. a. O., namentlich auch gegen das Mißverständnis betreffend die österreichische Theorie bei Schneider a. a. O. S. 56 N. 80.

[54] Vgl. Kipp-Windscheid I § 46 N. 5, Regelsberger P. I S. 686, Dernburg II 1 S. 22 ff., Förster-Eccius I S. 179; ferner Schneider Treu und Glauben (1902) S. 14 ff.

[55] Vgl. oben § 15 Zusatz. Schon im Cod. Ther. III 2 Nr. 171 ff. ist der Grundsatz ausgesprochen, vgl. Pfaff JBl. 1885 Nr. 25 S. 291.

[56] Schon längst wird geurteilt: „Man darf doch den Wortlaut nicht über die

oder Art. 278 HGB., das Gegenteil ausdrücklich verordne:[57] sehr wenige werden bestreiten wollen, daß nach dem ABGB. das, was der Schuldner zu leisten, der Gläubiger zu fordern, der Richter zu erkennen hat, nicht mehr und nicht weniger ist, als was sich aus der vom Gesetze sanktionierten causa des Verhältnisses mit Rücksicht auf die Sachlage als dessen im redlichen Verkehr zu erwartender Erfolg ergibt[58] — wenngleich eine Vorschrift wie § 242 BGB. in unserem Gesetzbuche nicht steht.[59] All dies ist, um ein treffendes Wort von Eck zu gebrauchen, ein Recht der Jurisprudenz „von Gottes Gnaden", welches ihr zu nehmen ein Gesetzeskodex kaum die Macht hätte, welches aber jedenfalls das ABGB. ihr gar nicht nehmen wollte.[60] Einen Beweis dafür mochte man daher früher für überflüssig halten,[61] heute wird ihn vielleicht mancher fordern angesichts des großen Wertes, den man darauf legt, daß das neue deutsche Gesetzbuch

hervorleuchtende Absicht der Paziszenten setzen", wie es z. B. Slg. 6042 heißt.

[57] Die österreichische Jurisprudenz pflegt denn auch in den Artt. 278 f. HGB. keine grundsätzliche Abweichung von den Auslegungsregeln des ABGB. § 914 zu finden, siehe Hasenöhrl I S. 689, Schiffner V S. 60, Canstein Österr. Handelsrecht II S. 49, Ehrlich Die stillschweigende Willenserklärung S. 38, Staub-Pisko II S. 40 ff., dann Slg. N. F. 557 und Slg. 10091 (wo Art. 278 HGB. und § 863 ABGB. sehr richtig als Parallelstellen angezogen sind. Wenn dem entgegen Saxl Gell. Zschr. VIII S. 136 (ähnlich Pollitzer Österr. Handelsrecht S. 401 N. 4) § 914 ABGB. durch Art. 278 HGB. „derogiert" meint, weil nach § 914 „vor allem der Sinn, den die Worte geben, anzunehmen sei, während nach Art. 278 in erster Linie der Wille der Kontrahenten zu erforschen sei", so ist diese Antithese wohl in ihren beiden Teilen nicht richtig (vgl. unten N. 67).

[58] Daß in dieser Ableitung der Rechtsfolgen aus dem wirtschaftlichen Zwecke des Verhältnisses auch die Ableitung aus der „Interessenlage" bei Müller-Erzbach Grundl. der mittelbaren Stellvertretung [1905] wird kaum etwas anderes sein) das Finden des „richtigen Rechts" und die richtige Auslegung ex fide bona beruht, siehe oben S. 98, vgl. auch Danz Die Auslegung d. Rechtsgesch. (2. Aufl.) S. IV. S. dazu noch unten N. 63.

[59] Ich zweifle nicht einen Augenblick, daß die von Cosack I S. 302 als Beispiel gegebenen Fälle auch nach dem ABGB. ebenso zu entscheiden wären und gewiß ebenso entschieden würden, wie jetzt nach § 242 des deutsch. BGB.: Die am Montag fällige Zahlung kann der Gläubiger nicht schon um fünf Uhr frühmorgens fordern, siehe § 904 („sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub") — vgl. unten N. 74; zu dem Falle des vom Schuldner zur Zahlung hingeworfenen Geldes s. Slg. 10818; bezüglich der Forderung einer Quittung Slg. 9208.

[60] Gegen die — in der ersten Zeit nach Erscheinen des Gesetzbuches begreifliche — ängstliche Auffassung der gesetzlichen Auslegungsregeln (siehe etwa Helm, Zschr. für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1828 II S. 253) vgl. Pfaff-Hofmann Komm. I S. 168 N. 6, aber auch schon die Bemerkung Zeillers bei Ofner II S. 23 gegen ausführlichere Interpretationsregeln.

[61] Statt, wie man es heute vermutlich tun würde, sich auf die „Verkehrssitte" zu berufen, wurde z. B. Slg. 10225 einfach erklärt, es sei „selbstverständlich", daß der Schuldner sich bei der Zahlung der Postanweisung bedienen dürfe, oder Slg. 4679: „es verstehe sich von selbst", daß eine Veränderung in der Person des Vermieters dem Mieter bekannt gegeben werde, oder Slg. 2742: „es lag in der Natur der Sache", daß der Verpflichtete von dem Eintritte der Bedingung verständigt werde.

sich entschlossen hat, jene Sätze ausdrücklich auszusprechen. Deshalb die folgenden Andeutungen. Daß nun aber das ABGB. auf dem Standpunkte der Auslegung und Bemessung der Leistungspflicht nach „Treu und Glauben" steht, ist sofort klar, wenn man der Grundstimmung gedenkt, welche die ganze Vertragslehre des Gesetzbuches — für seine Zeit ein wahrhaft „großer Fortschritt" — beherrscht. Da ist weder die starre „Willenstheorie", noch eine formale „Erklärungstheorie" bestimmend, sondern der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Ob und wie die rechtsgeschäftliche Willensäußerung wirksam ist, bemißt sich danach, ob und in welchem Sinne „mit Überlegung aller Umstände" der unbefangene Empfänger der Erklärung „vernünftiger" Weise auf dieselbe sich verlassen konnte und durfte.[61a] Die Normen der §§ 863, 871, 875, 876 und manche andere[62] — so auf dem Gebiete des Bevollmächtigungsvertrages namentlich das Prinzip der „offenen" Vollmacht, §§ 1017, 1029 ff.[63] — sind der treffende Ausdruck dieses Ge-

---

[61a] Genau das, was jetzt z. B. das deutsche RG. aus § 157 BGB. ableitet, vgl. Soergel Rechtsprechung 1906 § 157 1 a.

[62] Auch die Regeln des § 915, daß bei unentgeltlichen Verträgen in dubio gegen den Versprechensempfänger, bei entgeltlichen in dubio gegen denjenigen, welcher den zweifelhaften Ausdruck gebraucht hat, zu interpretieren sei, sind Sätze, welche aus dem Prinzip der Auslegung nach „Treu und Glauben" abgeleitet werden, vgl. besonders Pfersche Die Irrtumslehre des österreichischen PrR. S. 102 ff., auch Danz a. a. O. S. 187 und 130 f. und R. Leonhard Der Irrtum I S. 179 f.

[63] Vgl. oben S. 431 f., auch Danz a. a. O. S. 223 ff. und neuestens Wellspacher Das Vertrauen auf äußere Tatbestände (1906), mit Rücksicht auf dessen „die offene Vollmacht und die Vollmachtvermutungen des ABGB." von einer höheren Warte beleuchtenden Ausführungen (S. 211 ff.) an dieser Stelle einige Bemerkungen eingeschaltet sein mögen. Daß für die Rechtsbeziehungen zwischen Dritten und dem Machtgeber lediglich die „offene" (§ 1017) bezw. „vermutete" (§ 1029) Vollmacht maßgebend ist, d. h. das aus der gesamten Stellung des Machthabers von „außen" erkennbare Verhältnis desselben zum Machtgeber ohne Rücksicht auf den „inneren" (d. i. hier eventuell der nur zwischen letzteren beiden ausgesprochene) Willen, ist gewiß in dem Vertrauensschutz begründet (vgl. oben S. 431 „ansonsten Trauen und Glauben, mithin die gemeinnützlichen Handelschaften und Gewerbe geschwächet würden" (so schon die Kompilationskommission zu Cod. Ther. I 7 Nr. 31, Harrasowsky I S. 270 N. 5); ebenso richtig, daß infolgedessen im Einzelfalle tatsächlich eine Vertretungswirkung eintreten kann, die der Machtgeber nicht beabsichtigt hat. Aber es geht zu weit, wenn Wellspacher (S. 85 f. und 216 f. u. sonst.) — sich darin mit Seeler Arch. für bürgl. Recht XXVIII S. 1 ff. und Schloßmann II S. 518 f. begegnend — daraus folgert, es sei eine Fiktion, hier noch von Willensauslegung zu reden, eine Vollmacht d. i. ein Wille des Mandanten bestehe so weit gar nicht, und als causa efficiens der Vertretungswirkung bleibe lediglich der Rechtssatz des Schutzes des Vertrauens des Dritten. Das konnte man sagen, solange man auf dem Standpunkte des Willensdogmas älteren Stiles stand, welches den Geschäftswillen auf die (einzelnen) Rechtsfolgen gerichtet dachte (Spuren davon sind noch im deutschen BGB. zu finden, vgl. Danz a. a. O. S. 20, daher hier in der Tat, wo die Vertretungsmacht „nach Treu und Glauben" weiter reicht, als der „wirkliche Wille" des Machtgebers viel eher von „Scheinvollmachten" gesprochen werden kann, wie es Seeler a. a. O. S. 1 ff. und 36 ff. tut). Sobald man aber (siehe oben N. 58) den Geschäfts-

dankens.[64] Wie weit entfernt ist dies vom „Haften an dem Buchstaben!" Im vollen Einklange damit verweist § 914 für die Vertragsauslegung auf die Regeln der Gesetzesinterpretation (§ 6). Und diese Gleichstellung von Vertrags- und Gesetzesauslegung wirft ein Licht nach beiden Seiten hin. Offenbart sie einerseits, daß die Vertragsauslegung geradeso objektiv sein muß, wie die Gesetzesinterpretation, so lehrt sie anderseits, daß für die Auslegung des Gesetzes ebenso wie für die der rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht der „innere Wille" maßgebend ist, sondern der Vertrauensschutz,[65] d. h. hier das Bild der Norm, welches in dem Gesetze nach dem gesamten Zusammenhange der gesetzgeberischen Zwecke[66] für jedermann erkennbar ist, nicht aber die subjektive Absicht seiner Verfasser. In der Tat ist auch im § 6 nichts weniger als eine am Wort haftende Auslegung vorgeschrieben, sondern die Anwendung des Gesetzes nach dem „Verstande, welcher

willen — hier Bevollmächtigungswillen — als das Wollen bestimmter wirtschaftlicher Zwecke erkannt hat, deren rechtlichen Erfolg dann Gesetz und Richter zu verwirklichen haben, muß man die Frage, welche Vertretungsmacht dem Mandatar vermöge der ihm vom Mandanten eingeräumten Stellung „nach außen" erkennbar zukommt, immer noch als Frage der Willensauslegung gelten lassen (vgl. M. Rümelin Arch. für die ziv. Prax. XCIII S. 299), denn der letzte Grund jener Vertretungsmacht ist doch immer der Geschäftszweck, den der Mandant gesetzt hat und der Auktor der Macht doch immer der Mandant; das anerkennt füglich Wellspacher selbst, indem er wiederholt (S. 90 f., 230 und 240) darauf hinweist, der „Vertrauensschutz" setze doch stets voraus, daß der denselben „rechtfertigende Tatbestand mit Zutun des Geschäftsherrn zustande gekommen sei". Warum dann — wenn man einmal darüber einig ist, daß überhaupt im ABGB. für „das Verhältnis zwischen Wille und Erklärung" das Prinzip des Vertrauensschutzes gilt (Wellspacher S. 267) — die Bestimmung der Rechtsfolgen der Bestellung von Gehilfen (§§ 1028 f.) zwar „nach innen hin", nicht aber „nach außen hin" einfache Auslegungsregel (Wellspacher S. 236 und 238) sein soll, ist nicht recht einzusehen. Vgl. auch Zeiller III S. 296 und oben § 61 N. 16.

[64] Vgl. Zeiller III S. 40: „Das Recht, das Versprechen für ein wahres zu nehmen . . . muß um so mehr geschützt werden, als bei einer entgegengesetzten Maxime das Zutrauen sehr geschwächt würde"; vgl. auch Cod. Ther. I 7 Nr. 31 oben N. 63.

[65] Damit ist auch schon für das ABGB. diejenige Auffassung der Aufgabe der Gesetzesauslegung nachgewiesen, welche erst in der neueren Literatur die Erforschung des „Willens des Gesetzgebers" allmählich verdrängt, s. nur die vortreffliche Darstellung bei Hölder Komm. zum allg. Teil des BGB. S. 15 ff., Kohler Grünhuts Ztschr. XIII S. 1 ff., Kraus ebd. XXXII S. 613 ff., und neuestens Rumpf Gesetz und Richter (1906) S. 120 ff. (in diesem Belang scheint mir sogar Gény Méthode d'interprétation p. 229 ss. zu sehr an dem alten Standpunkte festzuhalten). Die Bedeutung wirklich „historischer Auslegung" (im Gegensatze zum Kultus der Gesetzesmaterialien), welche dem Zusammenhange des Gesetzes mit dem Rechtszustande zur Zeit seiner Entstehung nachgeht, bleibt gleichwohl bestehen, weil das Vertrauen in die Rechtskontinuität eben mit zu den Elementen zählt, die die Aufnahme und Auffassung des neuen Gesetzes beeinflussen; s. gegen den übertriebenen Ausspruch von Kohler DJZ. 1906 S. 363 („die geschichtliche Auslegung ist völlig wertlos") auch Rumpf a. a. O. S. 140.

[66] Sehr gut Rumpf a. a. O. S. 51: „Der Wert eines Rechtssatzes ist seine Eignung, im Einklang mit der Normengruppe, der er angehört, und schließlich im Einklang mit dem gesamten objektiven Recht ein Stück Rechtsleben zu ordnen".

aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet."[67] Unter dieser „Absicht des Gesetzgebers" aber haben unsere Kodifikatoren nach der Anschauung, die sie von ihrem Berufe hatten, sicherlich nicht ihre eigene subjektive Meinung verstanden, sondern den in den Lebensverhältnissen objektiv gegebenen rechtlichen Gehalt, für welchen der Gesetzgeber den adäquaten Ausdruck zu suchen habe,[68] in der Sprache ihrer Zeit ausgedrückt: die „durch die Vernunft einleuchtenden" „natürlichen Rechtsgrundsätze". Nur weil man dieser hohen Auffassung huldigte, konnte und mußte man folgerichtig auch die Ergänzung und „Vervollständigung" des Gesetzesrechts aus denselben „natürlichen Rechtsgrundsätzen" (§ 7) zulassen, indem man dem „denkenden Richter gestattete, in der Anwendung stufenweise zur nämlichen Urquelle, von welcher der Gesetzgeber ausgegangen ist, zurückzukehren."[69] Auf die Auslegung von Rechtsgeschäften übertragen, bedeutet dies wieder, daß der Inhalt der Obligation nicht durch den trockenen Wortlaut des Vertrages bestimmt werden dürfe, sondern „aus der klaren Absicht" der Beteiligten, und daß, wo diese eine Lücke lasse, die Ergänzung aus den dem betreffenden Rechtsverhältnisse und dessen besonderen Umständen „natürlichen" und daher von jedem richtig Denkenden vorauszusetzenden Zwecken zu entnehmen ist.[70] Das wird kaum etwas anderes sein, als Leistung „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte".[71] In diesen größeren Zusammenhang reihen sich nun gewisse Be-

[67] Die „Worte" und die „klare Absicht" sollen entscheiden, also keine Bevorzugung der ersteren (s. oben N. 57). Es ist beachtenswert, daß es noch im WgalGB. I § 18 hieß: „aus der Bedeutung der Worte . . . oder auch aus der Absicht des Gesetzgebers" und daß bei der Redaktion des § 6 ABGB. statt dessen „und" gesetzt wurde, weil „der Sinn des Textes hier nicht trennend ist" und „es sogar gefährlich sei, wenn man die Richter auf den bloßen Buchstaben des Gesetzes beschränke": Ofner I S. 24.

[68] „Der Gesetzgeber ist das Organ, der anwendende Erklärer der rechtlichen Vernunft", sagte Zeiller in dem einleitenden Vortrag vom 21. Dezbr. 1801, bei Pfaff-Hofmann Exkurse I S. 43 (vgl. auch den Vortrag vom 19. Jänner 1808, ebd. S. 54). Der Vorwurf des „ererbten Vorurteils", als wäre „das Recht ein Produkt des reflektierenden Willens des Trägers der Staatsgewalt" (Geller ZBl. 1904 S. 7) trifft also jedenfalls unsere Kodifikatoren nicht!

[69] Zeiller a. a. O. S. 43 (dazu Pfaff-Hofmann Komm. I S. 168 ff.). Unser § 7 a. E. gibt somit in der Sprache seiner Zeit füglich demselben Gedanken Ausdruck wie neuestens der treffliche Art. 1 des schweiz. Vorentwurfs eines Zivilgesetzb. (vgl. Unger Grünhuts Ztschr. XXXI S. 109 N. 8), der den Richter in letzter Linie anweist, „sein Urteil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde"; und die „Kluft" zwischen dem Standpunkte des ABGB. und den modernen Gesetzen (HGB.) scheint durchaus nicht so groß, wie Sazl a. a. O. S. 131 meint.

[70] Vgl. Zeiller Komm. III S. 90 (zu § 904): „auf die Natur des Geschäftes, auf den Zweck, wozu der Vertrag geschlossen worden ist . . . Rücksicht zu nehmen"; auch Rippel VI S. 142: „eine Auslegung ist rechtswidrig, wodurch im Zweifel eine Leistung gefordert wird, die offenbar den Zweck, den die Paziszenten festsetzen, überschreitet". Vgl. dazu oben N. 58 und 63.

[71] Daß auch die Verfasser des ABGB. trotz der scheinbar formalen Verweisung auf das Vernunftrecht dem Richter „ein individualisierendes Verfahren" vor-

stimmungen, welche vertrauenswidriger Ausnützung des Vertragswortes vorbeugen wollen; so der an die alte Lehre von der Clausula rebus sic stantibus angelehnte Satz des § 901,[72] vermöge dessen Bestand und Maß der Vertragspflicht durch den dem Gegner deutlich erkennbaren „Bewegungsgrund oder Endzweck" bedingt erscheint, oder die Ungültigkeit „allgemeiner Verzichtleistungen auf Einwendungen" (§ 937).[73] Gelegentliche Anweisungen zur „benigna interpretatio" im ABGB. aber — so § 904 („sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub"), § 973 („so bald als möglich"),[74] § 977 („fällt aber die frühere Zurückgabe dem Verleiher beschwerlich . . .")[75] u. a. m. — werden nun nicht mehr als Singularitäten erscheinen, sondern lediglich als Anwendung jenes allgemeinen Grundgedankens. Und in diesem Zusammenhange wird man auch nicht mehr geneigt sein, in Gesetzesstellen, wie z. B. § 1413 (oder § 902 pr.), trotz ihrer kategorischen Fassung ein jus strictum bezüglich „Zeit, Ort und Art" der Erfüllung von Verbindlichkeiten zu finden.[76] Alles in allem dürften also die Ergebnisse der Rechtsanwendung im Geiste unseres ABGB. von den durch das Gesetzbuch des deutschen Reiches gewiesenen Bahnen kaum abweichen. — 2. Daß nun aber das ABGB. den Satz von „Treu und Glauben" mehr voraussetzt als formell verkündet, hat seine gute Seite. Der emphatischen Hervorhebung dieses „obersten Grundsatzes", wie in den §§ 157 und 242 des deutschen BGB. — Zeuge dessen die Literatur und die Spruchpraxis seit der Publikation des BGB.[77] — ist eine suggestive Kraft eigen, die nur zu leicht den Richter dazu verführt, daß er mehr dahinter suche, als gemeint ist, indem er das, was ihm „Treu und Glauben" zu verlangen scheint, zu Rate zieht, bevor er nach dem Inhalt des Gesetzes oder Vertrages

---

schreiben wollten, lehrt die Betonung der Erwägung der „besonderen Umstände" jedes Falles (vgl. dazu Danz a. a. O. S. 37 ff.) — für die Gesetzesanwendung im § 7, für die Auslegung des Parteiwillens im § 863, vgl. Pfaff-Hofmann Komm. I S. 210.

[72] Über die große Tragweite des ersten Satzes des § 901 s. Pfaff Die Klausel: Rebus sic stantibus, in der Festschrift zum 70. Geburtstage Ungers (1898) S. 329 ff. Deren Zusammenhang mit dem Gedanken von „Treu und Glauben" zeigt deutlich der Cod. Max. Bav. IV 15 § 12 a. E. („nach unparteiisch und redlichen Gutachten verständiger Leute"), vgl. auch Seuffert Pand. (4. Aufl.) II S. 123 N. 9 („nach Treu und Glauben zu beachtendes tacitum des Verhältnisses").

[73] Vgl. Ofner II S. 255 f.

[74] Zeiller III S. 90: „es ist eine natürliche Bedingung, dem Verpflichteten eine solche Frist zu gestatten, die vermöge des gewöhnlichen Ganges der Dinge notwendig ist"; vgl. oben N. 59. Daher wird denn auch in dem von Hachenburg Das bürgl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1898) S. 6 (vgl. Schneider a. a. O. S. 50 f. N. 73) hervorgehobenen Falle nach § 904 ABGB. gewiß nicht anders als nach § 157 des deutschen BGB. der Mieter, dessen Frau am Ausziehtage todkrank ist, nicht zu delogieren sein. Vgl. auch Unger Grünhuts Ztschr. XXXI S. 390 N. 4.

[75] Siehe oben S. 288 und § 30 N. 2.

[76] Fast scheint ihn Hasenöhrl I S. 319 so aufzufassen; vgl. dagegen auch oben S. 103 f.

[77] S. unten N. 80.

fragt.[78] Schwerlich will das deutsche BGB. seine schöne Regel so verstanden wissen. Unser ABGB. aber enthält jedenfalls auch nicht den Schein einer Aufforderung zu solch souveräner Behandlung der durch Gesetz oder Vertrag gegebenen Normen. Kommt doch nach dem oben Ausgeführten im ABGB. „Treu und Glauben" und „Verkehrssitte" zur Geltung als Mittel zur Erforschung oder Ergänzung der im Gesetze (§ 6) oder im Vertrage (§ 914) gleichsam verkörperten Zweckbestimmungen („Absichten"). Von diesem Standpunkte aus wird man vor allem eines kaum jemals aus dem Auge verlieren: Die erste Anforderung des Vertrauensschutzes, dem das Prinzip von „Treu und Glauben" dient, muß doch wohl die Vertragstreue[79] selbst sein, d. h. für die Vertragschließenden zwar nicht „Haften an den Worten" des Vertrages, wohl aber Halten des gegebenen Wortes — und nicht minder Gesetzestreue,[79a] d. h. für den Richter Wahrung des Vertrauens in die Unantastbarkeit zwar nicht des Buchstaben des Gesetzes, wohl aber der Ziele des Gesetzesbefehls. Das gerade Gegenteil von beiden aber wäre Korrektur oder Beseitigung unbequemer Vertrags- oder Gesetzesbestimmungen durch „freie Rechtsfindung" des Richters. — Zu diesem höchst modernen Thema, dem an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden kann,[80] ist damit füglich schon

---

[78] So in der Tat Stammler S. 48 und 43, Danz Jahrb. f. Dogm. XXXVIII S. 499 f., Sohm Über den Entwurf eines bürgl. GB. S. 20 f. (vorsichtiger Rehbein II S. 13 f., und namentlich Hölder Komm. I S. 340 f., s. dagegen auch Slg. N. F. 1974 und 2137). Beherzigenswert sind gegenüber dieser Tendenz heute noch die Aussprüche Zeillers Komm. III S. 107 (vgl. I S. 66 ff.): „So lange die Worte (des Vertrages) einen klaren, vernünftigen und vollständigen Sinn anbieten, erlaube man sich nicht . . . den Sinn vollständiger, deutlicher und der Billigkeit angemessener machen zu wollen, und achte nicht auf . . . die unbestimmten, einseitigen und trüglichen Maximen . . ."; und Vorbereitung zur neuesten österr. Gesetzkunde (1810) I S. 38: „Da nun aber auf dem philosophischen Gebiete jedermann nach seiner Überzeugung urteilt, so ist leicht zu erachten, daß die Urteile oft nach einer eingebildeten Billigkeit (aequitas cerebrina) und im Grunde nach Willkür gefällt werden".

[79] Es ist charakteristisch, daß das amtliche Register des ABGB. ad v. „Treue" gerade nur auf diese Vertragstreue hinweist mit den Worten „Treulosigkeit des einen vertragmachenden Teiles berechtigt in der Regel den anderen nicht, von dem Vertrage abzugehen, § 919".

[79a] Die Parallele zwischen dem Vertrauen auf das Gesetz (§ 5 ABGB!) und auf die Vertragserklärung hebt treffend hervor Krasnopolski Der Schutz des redlichen Verkehrs S. 42; vgl. auch Gény a. a. O. p. 258.

[80] Die neue Lehre (— schon eine vollständigere Anführung der Literatur würde hier zu viel Raum einnehmen —) von der „Emanzipation" des Richters vom Gesetze, die in Deutschland u. A. besonders durch Stammler Die Lehre von dem richtigen Recht, Stampe DJZ. X S. 713 ff., Rumpf Gesetz und Richter, und Jahrb. f. Dogm. XLIX S. 404 ff.: („Umbiegung" allgemeiner Rechtsnormen!), von Frankreich aus durch das bedeutende Werk von Gény Méthode d'interprétation, 1899 (der jedoch selbst durchaus nicht so weit geht wie seine Nachfolger — s. etwa p. 55, 179, 555, p. 521 N. 4) gefördert wird, und in der geistreichen Flugschrift von Cnaeus Flavius Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, zur Zeit ihren Höhepunkt erreicht haben dürfte, hat auch in Österreich ihre Apostel: A. Menger Das bürgl. Recht und die

Stellung genommen. Als Errungenschaft der reichlichen Erörterungen der neuesten Zeit darf die Erkenntnis bezeichnet werden, daß es eine schöpferische Tätigkeit des Richters, eine Rechtsfindung wirklich gibt und geben muß, und daß die ältere Behauptung, wonach jede Auslegung und selbst Analogie nichts wäre, als ein Herauslesen von im geschriebenen Recht bereits verzeichneten Sätzen, auf eine Fiktion hinausläuft.[81] Aber dadurch ist noch mit nichten bewiesen, daß diese Rechtsfindung eine völlig freie sein müsse, wie die Radikalen der neuen Richtung mit einem kühnen logischen Sprunge fordern. Den überzeugenden Gründen, die im Gegenteile bereits dafür geltend gemacht sind,[82] daß der Richter nie contra legem, und auch praeter legem neues Recht doch nur in der Richtung und den Bahnen zu suchen hat, die die Gesetzgebung seines Staates wandelt,[83] mag hier nur nochmals der Hinweis auf den oben gezeigten Parallelismus des Schutzes des Vertrauens in das Vertrags- und das Gesetzeswort beigefügt werden. Jedes Hinwegsetzen über diese Schranke ist — je nach dem Standpunkte von dem aus man urteilen will — Staatsstreich oder Revolution, und so wie diese vielleicht in Fällen sozialen Notstands moralisch zu entschuldigen, aber niemals Recht.[84] Eine Gesetzgebung jedoch, welche den Richter sogar dazu anleiten wollte, schiene ein Widerspruch mit sich selbst. Damit komme ich zum Schlusse: Daß das ABGB. keinen „Paragraph" enthält (wie § 157 BGB.), der „in der Hand der Praxis das feurige Schwert werden kann, mit dem sie durch alle anderen Paragraphen des Vertragsrechtes hindurchzuschlagen im stande ist"[85] — möchte ich nicht für einen Fehler halten.

besitzlosen Volksklassen (3. Aufl.) S. 23 f. (dessen Gegnerschaft gegen die „Analogie" vom Standpunkte einer die geltende Rechtsordnung grundsätzlich bekämpfenden Auffassung allerdings viel begreiflicher ist als die anderer), Ehrlich Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903) und Wurzel Das juristische Denken (1904), Ehrenzweig GZ. 1902 S. 145. Eine hübsche historische Darstellung gibt die Dissertation von Falk Die Analogie im Recht (1906).

[81] Das zuerst betont zu haben, ist das Verdienst von O. Bülow Gesetz und Richteramt (1885), vgl. auch desselben Klage und Urteil S. 76 ff., dazu jetzt Unger Grünhuts Ztschr. XXXI S. 110 ff., Saleilles Einführung in das Studium des bürgl. Rechts S. 90 ff. und das oben N. 80 genannte Werk von Gény, besonders etwa p. 264 ss., dagegen aber neuestens Hellwig Lehrb. des deutschen ZPr. II S. 167 ff.

[82] Siehe gegen jene Emanzipationsbewegung jetzt vor allen Unger DJZ. 1906 Nr. 14, Bülow im „Recht" 1906 S. 773 ff., Heck Österr. RZ. 1906 Nr. 2, F. Klein ebd. Nr. 7, Mayr Die Auslobung S. 7 f. Gegen die „Uferlosigkeit" der Folgerungen aus den §§ 157 und 242 BGB. ist auch schon die mehrfach zitierte lehrreiche Schrift von K. Schneider gerichtet, siehe besonders S. 5, 127 ff. und 228.

[83] Vgl. das oben N. 69 Gesagte, dann namentlich Gény a. a. O. p. 459 s., 492 ss. und 507, auch Fr. Stein Das private Wissen S. 43: Der Richter hat „dem Gesetze zu dienen als sein getreuer Hüter — unfrei, wo das Gesetz bestimmten Befehl enthält, und da, wo es ihn missen läßt, von den Interessen und Ideen des Gesetzes beherrscht".

[84] Vgl. Bülow im „Recht" 1906 S. 777 f., auch Spitzer JBl. 1906 Nr. 9. Daß es sich dabei stets um „böse Konfliktsfälle" handelt, gibt übrigens selbst Rumpf a. a. O. S. 28, 60 und 191 zu.

[85] Worte Sohms a. a. O. S. 21.

§ 77.

3. Der Mandatar ist verpflichtet zur **Geschäftsbesorgung** gemäß dem übernommenen Auftrage (§ 1002).[1] Dabei ist im einzelnen zu beachten:

a) Der Auftrag, nicht die Vollmacht, gibt dem Mandatar die Richtschnur für seine Tätigkeit. Soferne beide nicht übereinstimmen, kann für das Verpflichtungs- und Ermächtigungsverhältnis zwischen Machtgeber und Machthaber nur der zwischen ihnen geschlossene Vertrag maßgebend sein, nicht die dem Beauftragten dritten gegenüber eingeräumte Vertretungsmacht.

Reicht die Vollmacht weiter als der Auftrag — der gewöhnlichere Fall der Abweichung[2] —, so kann das auf Grund derselben unternommene Geschäft den Mandanten dritten gegenüber binden, gleichwohl aber von ihm dem Mandatar gegenüber als Überschreitung des Auftrags abgelehnt werden.[3] Es kann aber auch die Vollmacht hinter dem Auftrag zurückbleiben,[4] so daß der Mandatar die Geschäftsbesorgung, zu der er sich verpflichtet hat, nach außen hin nur als „stiller Stellvertreter" oder negotiorum gestor zu führen vermag — eine Überschreitung der Vollmacht innerhalb der Grenzen des Auftrags.

So wichtig daher die begriffliche Scheidung beider ist,[5] so kann und muß doch anderseits für die praktische Anwendung hervorgehoben werden, daß, zumindest wo es sich um mehr oder weniger spezialisierte Vollmachten handelt, die Grenzen der Vollmacht und des Auftrages im Sinne der Kontrahenten füglich identisch zu sein pflegen;[6] ist doch erstere einfach als das Mittel zur Ausführung des letzteren gedacht.[7] Und das ist deshalb von nicht geringer Bedeutung, weil tatsächlich

[1] Vgl. Art. 362 HGB. Über nachträgliche Weisungen s. unten e).

[2] Die Neigung, dem Mandatar trotz Beschränktheit seines Auftrages auf alle Fälle eine weiter reichende Vollmacht einzuhändigen, ist in der Praxis herrschend und hatte einen Fürsprecher bereits in Zeiller III S. 282.

[3] Vgl. unten S. 554f.

[4] So besonders, wo der allgemeine Auftrag nach § 1008 als Vollmacht nicht genügt, was aber seiner Verbindlichkeit inter partes nicht entgegensteht; vgl. oben S. 525. Nur in diesem Sinne ist richtig, was Stubenrauch II S. 229 bemerkt, und nicht schlechthin richtig, daß „die Beauftragung naturgemäß nicht weiter reicht als die Bevollmächtigung", wie Tilsch Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 241 meint.

[5] Sie ist in der vorliegenden Darstellung so oft betont, daß die im Texte folgenden Sätze nicht werden mißverstanden werden.

[6] Vgl. auch Hupka Die Vollmacht S. 217.

[7] Vgl. oben S. 435.

der Auftrag öfters in formloser Weise, die Vollmacht aber in der Form der Urkunde (§ 1005) gegeben wird. Nicht bloß für dritte Personen, sondern auch für den Mandatar selbst wird daher in zweifelhaften Fällen nicht selten die in seiner Hand befindliche Vollmacht einen festeren Anhaltspunkt bieten, als der flüchtigere Ausdruck des empfangenen Auftrages, wenn es gilt, sich über die Grenzen seiner Geschäftsbesorgung klar zu werden; er wird häufig den Auftrag aus der Vollmacht interpretieren dürfen.[8] Insoweit trifft der, sonst nicht korrekte, Ausdruck des § 1009 zu, wonach der Mandatar „das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß zu besorgen", und für die Folgen der Überschreitung der „Grenzen der Vollmacht" dem Auftraggeber zu haften hat.[9]

b) Maßgebend ist nicht der starre Wortlaut, sondern die Auslegung des Auftrages, bezw. der Vollmacht, aus „der Natur des Geschäftes" oder der ausdrücklich oder stillschweigend „erklärten Absicht des Machtgebers" (§ 1009).[10]. Die „Treue" des Mandatars aber fordert, daß er im Zweifelsfalle sich nicht auf die eigene Auslegung verlasse,[11] sondern vorerst aufklärende oder ergänzende Weisungen des Mandanten einhole.[12] Kann er solche aber nicht erlangen oder durfte er annehmen, daß solche Anfrage eine bedenkliche oder unerwünschte Verzögerung bedeuten würde,[13] so hat er anderseits bezüglich der Interpretation des Auftrages eben nicht mehr als volle Diligenz zu prästieren; er ist außer Verantwortung, wenn er den Auftrag so ausführt, wie er ihn nach seiner Kenntnis der Sachlage und der Absichten des Geschäftsherrn auffassen mußte,[14] mag sich diese Auslegung auch nachträglich als mißverständlich herausstellen.

[8] So wie umgekehrt nicht selten (vgl. § 1029) die Vollmacht aus dem Auftrags- (oder sonstigen Kausal-) verhältnisse. Nur so viel kann der von Schloßmann Die Lehre von der Stellvertretung (vgl. oben § 61 Zusatz) beliebten Identifizierung des „Vertretungsverhältnisses" mit der „Vollmacht" zugegeben werden.

[9] § 1009 handelt (in erster Linie) von der Wirkung der „Überschreitung" nach innen, § 1016 von der Wirkung nach außen.

[10] Der Mandatar „dient dem Vollmachtgeber nicht als mechanisches Werkzeug, sondern als freihandelndes Wesen mit seiner Intelligenz und Treue"; Dernburg Pr. R. II S. 522.

[11] Oder gar auf die Notregel des § 915!

[12] Obgleich im ABGB. nicht (wie im § 665 DBGB. oder auch Art. 361 HGB.) ausdrücklich ausgesprochen, wird eine Anzeigepflicht des Mandatars überhaupt (s. auch unten S. 552 f.) als Postulat seiner Treuepflicht auch für das österreichische Recht anerkannt, s. Zeiller III S. 282; vgl. Grünhut S. 106.

[13] Vgl. § 665 BGB. zit.

[14] Krainz II S. 286: „Er hat das Recht, selbst ein imperatives Mandat angemessen auszulegen"; vgl. neuestens auch Hupka Die Haftung des Vertreters S. 49 f.

Das Gesagte gilt insbesondere bezüglich des oben zu a) erörterten Verhältnisses zwischen seinem Auftrag und seiner Vollmacht, so namentlich bezüglich der Frage, ob er dem Auftrage entsprechend die Vollmacht als „geheime" oder als „offene" zu behandeln habe.[15]

Das Gesagte gilt ferner bezüglich der Wahl der Mittel zur Ausführung. Der Mandatar ist verpflichtet und ermächtigt, alle, wenngleich nicht ausdrücklich genannten Mittel anzuwenden, von denen er annehmen durfte, daß sie dem Zwecke des ihm übertragenen Geschäftes dienen (§ 1009);[16] und hat er bei dieser Wahl volle Sorgfalt walten lassen, so ist er für das Fehlschlagen des Erfolges nicht haftbar (§ 1014). Nur der Gebrauch unerlaubter Mittel kann niemals als Erfüllung der Mandatsobligation gelten;[17] denn entweder waren diese Mittel vom Auftraggeber nicht gewollt, dann ist deren Anwendung nicht Ausführung, sondern Überschreitung des Auftrags — oder sie waren in Aussicht genommen, dann war das, was er ausführte, kein gültiges Mandat (§ 878).[18]

c) Das Ergebnis derartiger Erwägungen, wie sie hiernach der Mandatar anstellt, kann nun auch eine Abweichung von den Instruktionen sein, die er für die Durchführung des Auftrages empfangen hat — und dies nicht bloß dem Wortlaute nach. Die Natur der Instruktion selbst ist Gegenstand seiner Erwägung.[19]

---

[15] Daß in dem „Verschweigen" der Vollmachtsgrenzen ein Verschulden des Machthabers liegen kann, ist im § 1026 a. E. anerkannt; vgl. zu der Frage auch Schloßmann a. a. O. II S. 347 ff.

[16] Auch über den Wortlaut des Auftrags hinaus, Zeiller III S. 281 f., Troplong Nr. 311.

[17] Vgl. Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 172 f. N. 191. Auch für den Mandatar kann zu erzielender Nutzen nur sein „fructus qui percipi honeste potuerunt" (Paul. L. 33 D. de R. V. 6, 1); vgl. Petrazycki Die Lehre vom Einkommen II S. 70. — Das mandatum turpe kann (was hier nur nebenbei bemerkt wird) natürlich auch nach außen hin keine „Vertretungsmacht" begründen; der Mandatar haftet dem Dritten daher in erster Linie aus seinem rechtswidrigen Gebaren, der Auftraggeber aber nicht als dominus negotii, sondern nur allenfalls als Mitschuldiger ex delicto — vgl. den Fall Sig. 12033 und oben S. 500 f.

[18] Das kann man allerdings nicht so ausdrücken, das Mandat werde durch die Anwendung unerlaubter Mittel nachträglich zum pactum turpe. Kohler Arch. für bürgl. Recht V S. 178 f.

[19] Vgl. die philosophische Erörterung über die Frage der Abweichung von dem Mandat bei Gellius Noct. Att. I 13, dann über die verschiedene Bedeutung der „forma" mandati, je nachdem ein mandatum „certum" oder „incertum" vorliegt, L. 46 D. h. t. (Paul.). Der Gegensatz liegt auch § 1007 zu Grunde, vgl. Zeiller III S. 275 (Vollmacht „cum libera" — auch WgalGB. III § 108 hatte es noch geheißen: „Vollmacht mit freier oder nicht freier Hand", dazu J. Ofner II S. 46 —), Stubenrauch II S. 225. Zu der Bezeichnung „imperativ" und „fakultativ" und ähnlichen s. Grünhut S. 108 f., Troplong Nr. 347, Dernburg Bürgl. Recht II S. 371.

Die Instruktion kann schlechthin bindend, „imperativ" gemeint sein — ein Urteil über deren Zweckdienlichkeit wollte dem Beauftragten weder zugemutet noch freigelassen werden — oder nur erläuternd, „deklaratorisch", eine Richtschnur für den voraussichtlichen Verlauf der Geschäftsführung, welche aber den Mandatar der eigenen Prüfung nicht überheben sollte.

Der imperativen Instruktion gegenüber ist jede Abweichung eine Vertragsverletzung, die den Mandatar ersatzpflichtig macht, falls sie zum Schaden des Mandanten ausschlägt, und, auch wo er keinen Schaden erleidet, den Mandanten jedenfalls zur Ablehnung der Geschäftsführung berechtigt,[20] gleichwie umgekehrt die Ausführung in genauer Befolgung der Instruktion den Mandatar niemals verantwortlich machen kann, selbst wenn er hätte voraussehen können, daß dieselbe nicht zum Vorteile des Geschäftsherrn ausschlagen werde.

Abweichung von der bloß deklaratorischen Instruktion hingegen, wo das wohlverstandene Interesse des Auftraggebers dies verlangt, ist nicht bloß kein Unrecht, sondern Pflicht des Mandatars,[21] der die Sachlage als Vertrauensmann des Mandanten oft besser als dieser selbst[22] überschaut.

So mag der Mandatar je nach Umständen ersatzpflichtig werden bald wegen Abweichens, bald wegen Nichtabweichens von seinen Instruktionen. Theoretisch leicht faßbar, ist die hiernach maßgebende Unterscheidung imperativer und deklaratorischer Instruktionen einer der heikelsten Punkte in der praktischen Beurteilung des Einzelfalles durch den Richter wie durch den Mandatar selbst.[23] Für letzteren aber gilt wieder das oben Gesagte. Er hat nach seiner Kenntnis der Umstände mit aller Sorgfalt die Natur der ihm gegebenen Weisung zu erwägen, im Zweifelsfalle aber, wenn möglich, durch Einholung weiterer

[20] Vgl. die bei Manz § 1012 N. 1 angeführte Entsch. (GZ. 1854 Nr. 140).

[21] Vgl. Grünhut S. 114, Dernburg Pr. R. II S. 523. Neuere Gesetze — § 665 DBGB. (s. aber Ortmann Komm. II S. 399), schweiz. Obl. R. Art. 395 — erwähnen nur des Rechts des Mandatars; Cod. Ther. III 15 Nr. 54 hatte sehr gut die ev. Schuldigkeit, von der Instruktion abzuweichen, betont.

[22] Namentlich als Sachverständiger; der ungar. Entwurf § 1662 hebt dies besonders hervor. Vgl. dazu den verwandten Gedanken des § 1157 a. E.

[23] Auch § 665 DBGB (ähnlich schon § 1304 sächs. GB.) gibt füglich nur eine trockene Formel: „wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde" (s. dagegen übrigens Schneider Treu und Glauben S. 190 N. 272).

Weisungen sich Aufklärung zu verschaffen,[24] bevor er selbst entscheidet. Hätte er dann aber bei aller Diligenz dennoch einen Fehlgriff getan, so ist er außer Gefahr, denn er haftet auch in dieser Beziehung nur für Verschulden, nicht für Zufall.[25]

d) Die Verbindlichkeit des Mandatars hört auf, wo die Erfüllung durch einen Zufall unmöglich wird — nach der allgemeinen Regel des § 1447. Die besondere „fides" des Bevollmächtigungsvertrages führt jedoch auch in dieser Beziehung zu besonderen Erscheinungen.

Einerseits darf der Mandatar sich nicht ohne weiteres bei der Tatsache beruhigen, daß die Ausführung des Auftrages, so wie derselbe lautet, ihm unmöglich geworden ist; seine Treuepflicht fordert sofortige Anzeige[26] an den Auftraggeber oder auch Einholung neuer Weisungen, wenn er Grund hat anzunehmen, daß der Geschäftszweck seines Mandanten auf andere Art zu erreichen sei. Er wird ferner nicht, wie in manchem anderen Obligationsverhältnisse, schon dann die Waffen strecken dürfen, wenn eigene berechtigte Interessen der Ausführung des Auftrages zum Opfer fallen müßten;[27] vielmehr erwartet das Vertrauen seines Mandanten von ihm, daß er selbst vor Opfern — welche nicht ganz unverhältnismäßig erscheinen — nicht zurückscheue.[28]

Anderseits steht es dem Mandatar als dem Vertrauensmann des Geschäftsherrn zu, auch in Fällen, wo die Durchführung des Auftrags nicht geradezu unmöglich erscheint, dieselbe doch als im wohlverstandenen Interesse des Mandanten untunlich zu beurteilen — mit anderen Worten, er kann unter Umständen berechtigt und verpflichtet erscheinen, die Ausführung des Mandats zu unterlassen.[29]

[24] Vgl. oben N. 12.

[25] So ist auch § 665 BGB. zit. gemeint, der dem Geschäftsführer nicht mehr als die Beurteilung von seinem subjektiven Standpunkte zumutet, vgl. Crome II S. 614 N. 16, Endemann I S. 1084 N. 15.

[26] Cf. L. 27 § 2 D. h. t., vgl. Titze Die Unmöglichkeit der Leistung S. 96; PrLR. I 13 § 59; für das österreichische Recht oben N. 12, und Fr. Fischer Ztschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1826 II S. 123.

[27] Vgl. als Gegensatz den Depositar, welcher zu keiner „Aufopferung" verpflichtet (§ 964) und zur Versagung seiner Dienste befugt ist, wenn deren Fortsetzung nicht „ohne seinen eigenen Nachteil" möglich wäre (§ 962) — siehe oben S. 304 f. und S. 317; dazu jetzt Titze a. a. O. S. 77.

[28] Vgl. oben S. 532.

[29] Grünhut S. 118, Troplong Nr. 397.

Auch in diesen Beziehungen steht der Mandatar für genaue Prüfung nach bestem Wissen und Gewissen ein, nicht aber schlechthin für den Erfolg.

e) Zur Abgrenzung des (ad a—d) erörterten Pflichtenkreises endlich noch eines: Auch nachträgliche Weisungen des Geschäftsherrn hat der Mandatar als maßgebend zu beachten, nicht aber starr an dem Vertragsworte festzuhalten. Daß er gegebenen Falles sogar verpflichtet ist, selbst solche nachträgliche Instruktionen zu erwirken, hat sich bereits mehrfach ergeben.[30]

Selbstverständlich ist dabei nur an Anordnungen gedacht, welche die Ausführung eben des übernommenen Geschäfts betreffen, nicht aber darüber hinaus einen neuen Geschäftszweck; das wäre ein weiterer Auftrag, dessen Annahme oder Ablehnung frei bleibt. So weit sich aber die Anweisungen innerhalb jenes Rahmens halten, muß der Mandatar seine „Treue" darin bewähren, daß er sich denselben fügt, auf die Gefahr hin, daß sie die Geschäftsbesorgung für ihn lästiger gestalten, als er ursprünglich voraussehen mochte. Nur so viel lehrt anderseits „Treu und Glauben", daß ihm nicht zugemutet werden kann, nachträgliche Weisungen des Mandanten zu befolgen, welche eine erheblich schwerere Leistung fordern,[31] wie sie nicht bloß von ihm tatsächlich nicht erwartet, sondern auch nach objektiver Auffassung (der „Verkehrssitte") bei derartiger Geschäftsbesorgung nie vorauszusetzen war.

§ 78.

4. **Überschreitung** des Auftrags („excessus mandati"), d. i. jede nicht durch dessen Zweck und die Sachlage gebotene Abweichung[1] von demselben, kommt zunächst — und nur davon war bisher die Rede — in Betracht als Grund einer Ersatzpflicht des Mandatars, wenn anders sie auf ein Verschen zurückzuführen ist. Bei jeder Auftragsüberschreitung aber entsteht die davon verschiedene Frage der Annahme oder Ablehnung der Geschäftsführung[2] durch den Auftrag-

[30] Siehe oben S. 550 ff. — Vgl. Dernburg Bürgl. Recht II S. 370.

[31] Vgl. Ortmann Komm. II S. 398.

[1] In diesem Sinne scheint auch in § 1009 die „Überschreitung" gemeint; s. auch Zeiller III S. 282. Anders z. B. Schollmeyer a. a. O. S. 122.

[2] Strenge genommen gehört diese Frage systematisch nicht hieher, sondern zur actio contraria (unten B). Allein der praktisch häufige Zusammenhang der Ablehnung des Geschäfts mit einer Ersatzpflicht des Mandatars (siehe den Text), sowie der Aneignung des Geschäfts mit Restitutionsansprüchen (siehe unten zu b) des Mandanten läßt es angezeigt erscheinen, die ganze Erörterung schon hieher zu stellen.

geber. Und diese ist unabhängig von der Frage der culpa des Geschäftsführers. Außerhalb des Auftrages handelt der Mandatar allerdings auf eigene Gefahr (§ 1009 a. E.).[3] An sich ist daher möglich: Annahme der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn, zugleich aber Schadenersatzanspruch wegen schlechter Führung[4] — oder Ablehnung und zugleich Ersatzanspruch[5] wegen des unbefugten Eingriffes — oder auch Ablehnung schlechthin ohne Ersatzanspruch, weil für letzteren keine Grundlage (culpa) gegeben ist.[6]

Die Ablehnung gegenüber dem Mandatar ist ferner ganz unabhängig von dem Dritten gegenüber maßgebenden Vollmachtsverhältnisse. Wenn, bei direkter Stellvertretung, die Vertretungsmacht des Mandatars in der Tat auch die auftragswidrige Geschäftsbesorgung deckte, so bedeutet die „Ablehnung" nur so viel, daß der Machthaber verhalten sei, dem Machtgeber die in dessen Person unmittelbar eingetretenen Rechtswirkungen abzunehmen.[7] War die Geschäftsbesorgung nicht in „offener Vollmacht" geschehen, so bedeutet die „Ablehnung" umgekehrt Weigerung des Auftraggebers, das Geschäft seinerseits dem Geschäftsführer abzunehmen.[8]

Nun aber hat die Annahme oder Ablehnung der Mandatsüberschreitung zwei Seiten:

a) Hat der Mandant das Recht der Ablehnung?

b) Hat er das Recht der Genehmigung[9] der Geschäftsführung? — oder, vom Standpunkte des Mandatars: inwieweit (a) muß dieser, und (b) inwieweit kann er das Geschäft auf eigene Rechnung nehmen?[10] Beide Fragen haben ihre genauere Erörterung

[3] Die Zurückweisung des nicht auftragsgemäßen Geschäfts (auch nach Art. 362 HGB.) ist nicht eine besondere, auf die mora oder culpa des anderen Kontrahenten gesetzte Rechtsfolge (wie etwa das Rücktrittsrecht des § 1118), insbesondere kein „Rücktritt" vom Vertrage (vgl. auch Staub Komm. S. 1434), sondern lediglich die Erklärung, daß diese Geschäftsbesorgung nicht als Erfüllung des Auftrages (siehe schweiz. Obl. R. Art. 395 Absatz 2), bezw. als auf Grund der Ermächtigung des Auftraggebers (siehe oben S. 436) vollzogen anerkannt werde. Die Darstellung bei Grünhut S. 166 ff. bringt dies nicht genügend zum Ausdruck.

[4] Vgl. Art. 364 HGB. und unten N. 10.

[5] Art. 362 HGB.

[6] Vgl. Staub a. a. O.

[7] Vgl. den Fall des § 1026 a. E. und oben N. 15.

[8] Die Ablehnung realisiert hier „im inneren Verhältnisse dieselben Rechtsfolgen, welche bei der Überschreitung einer Vollmacht in dem Verhältnisse nach außen eintreten": Grünhut S. 166.

[9] Praktisch namentlich in der Form, daß er den Nutzen aus der Geschäftsführung fordert, womit (§ 1016) dieselbe genehmigt erscheint; vgl. die Entsch. vom 12. November 1862, GH. 1863 Nr. 16 (Manz § 1009 N. 1).

[10] Praktisch insbesondere: Kann der Mandatar durch Anbieten des Ersatzes wegen der Überschreitung den Auftrag-

naturgemäß in der Lehre von der unbeauftragten Geschäftsführung zu finden. Doch müssen sie hier, unter Vorwegnahme der Ergebnisse der dortigen Erörterung, berührt sein.

So weit sich nun überhaupt abstrakte Formeln aufstellen lassen, wird zu unterscheiden[11] sein:

α) Eine Überschreitung, die sich doch immer noch als Besorgung des übernommenen Geschäftes darstellt, wenngleich in den Mitteln oder sonst der Art nach darüber hinausgehend, kurz, vertragswidrige Ausführung des Auftrags. Als solche kann sie dem Mandanten Anlaß zu Ersatzansprüchen gegen den nachlässigen oder ungetreuen Mandatar geben, nicht aber, gemäß der Regel des § 919 zum Rücktritte vom Vertrage;[12] d. h. (ad a) der Auftraggeber muß, vorbehaltlich etwaiger Entschädigungsansprüche, die Geschäftsführung als Führung seines Geschäfts akzeptieren.[13]

Ebensowenig kann aber (ad b) der Mandatar die bereits erfolgte Vertragserfüllung ungeschehen machen; er muß sich deren Genehmigung gefallen lassen.[14]

β) Anders eine „Überschreitung", welche nach Zweck und Inhalt des Auftrages aliud pro alio,[15] ein anderes als das aufgetragene Geschäft zu Tage fördert.[16] Dem übernommenen Auftrage gegenüber

---

geber nötigen, das Geschäft auf seine Rechnung zu nehmen? So bekanntlich Art. 364 HGB. für die Einkaufskommission, allgemeiner schweiz. Obl. R. Art. 395.

[11] Es genügt nicht, so wie z. B. Stubenrauch II S. 229 f., ganz allgemein zu sagen, der Machtgeber „kann hinterher das Geschäft genehmigen"; aber auch nicht umgekehrt mit Winiwarter IV S. 224, die Genehmigung setze immer voraus, daß der Machthaber mit derselben einverstanden sei. Zwischen Nichterfüllung und pflichtwidriger Erfüllung unterscheidet schon Dolliner Ztschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1836 I S. 105.

[12] Auf die freie Kündbarkeit des Bevollmächtigungsvertrages (§ 1020) kann man sich für die gegenteilige Ansicht nicht berufen — sie wirkt pro futuro, berührt aber nicht die bereits erwachsenen gegenseitigen Ansprüche (s. unten § 89); ebensowenig auf einen stillschweigenden Vorbehalt im Sinne der „clausula rebus sic stantibus" (vgl. Pfaff in der Festschrift für Unger 1898, S. 330 und 335) — wenn einer Instruktion wirklich solche Bedeutung beizulegen ist, dann liegt nicht mehr dieser, sondern der Fall β des Textes vor, vgl. unten N. 16.

[13] Schloßmann a. a. O. II S. 356 N. 4, Dernburg Pr. R. II S. 522 N. 15, Guillouard p. 393.

[14] Vgl. dazu unten N. 24.

[15] L. 5 § 1 D. h. t. (Paul.): „qui excessit (fines mandati), aliud quid facere videtur".

[16] Statt der Antithese des Textes (α und β) stellt Grünhut S. 157 ff. (ebenso Hahn Komm. II S. 439, Pollitzer Das österr. Handelsrecht S. 580 f., dagegen, wenn auch mit unklarer Begründung Canstein Lehrb. des österr. Handelsrechts II S. 218 N. 33), gestützt auf den Wortlaut des Art. 362 HGB. — „gemäß dem übernommenen Auftrage" (der neue Text, § 385 deutsch. HGB.: „gemäß den Weisungen des Kommittenten" scheint dieser Ansicht allerdings

ist dies lediglich Nichtausführung;[17] Ersatzansprüche aus dem Mandatsvertrage sind daher auch nur in dieser Richtung möglicherweise gegeben.[18] Was tatsächlich geschehen ist, ist „Geschäftsführung ohne Auftrag",[19] zumeist „gegen den Willen" des dominus negotii (§ 1040).[20] Das Recht des letzteren (ad a), dieselbe zurückzuweisen, steht in diesem Falle außer Zweifel. Nicht minder aber gilt es auch sonst — vermöge §§ 1037 und 1038 —, so lange die Zurückweisung noch tatsächlich möglich ist oder nicht „klar überwiegende Vorteile" für den Geschäftsherrn bereits vorliegen.[21]

Anderseits kann hier (ad b) dem Mandanten auch ein Recht zur Aneignung der ungerufenen Geschäftsführung keinesfalls zuge-

---

noch mehr entgegenzukommen) — die Unterscheidung von „vertragswidriger" und „auftragswidriger" Ausführung der Kommission auf, je nachdem der Kommissionär seine ihm „schon durch das Gesetz in Beziehung auf die Ausführung des Auftrages generell vorgezeichneten Pflichten verletzt hat" oder die „Instruktionen des Kommittenten"; nur in letzterem Falle stehe dem Kommittenten die Befugnis zu, die Geschäftsführung abzulehnen, nicht aber in ersterem. Ich vermag diese Formel nicht für gut zu halten, schon deshalb nicht, weil nach der Grundauffassung vom Rechtsgeschäft, an welcher m. E. festzuhalten ist, alle Rechtsfolgen des Vertrages auf dem Gesetz oder, wenn man will, alle auf dem Parteiwillen beruhen, als Wirkung der gesetzlichen Sanktionierung der von den Kontrahenten gesetzten Geschäftskausa (s. oben S. 8 N. 33 und S. 444, vgl. jetzt auch Ehrlich Das zwingende und nicht zwingende Recht S. 33 ff., Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 244 f.). Gleichwohl dürfte die Entscheidung nach dem Prinzipe des Textes (α, β) im einzelnen zumeist ebenso ausfallen (z. B. in den von Grünhut S. 169 berührten Punkten); denn es ist wohl zu beachten: Ob die Geschäftsführung „aliud pro alio" bedeutet, läßt sich nicht objektiv feststellen, sondern nur nach „der erklärten Absicht" (§ 1009) oder dem „Endzweck" (§ 901, vgl. dazu Pfaff a. a. O. S. 326 ff.). In der Tat aber werden häufig die besonderen Weisungen des Machtgebers, auch wenn sie nicht gerade das Objekt der Besorgung selbst angehen, so sehr als wesentliche Bedingung zu verstehen sein, daß jede Abweichung von denselben, jede „Auftragswidrigkeit" in diesem Sinne, ein „aliud pro alio" ergibt, während die „gesetzlichen" Verbindlichkeiten des Mandatars meist nur Modalitäten, nicht aber Bedingungen der Ausführung betreffen. Und das Zurückweisungsrecht wegen „auftragswidriger" Ausführung auf Grund Art. 362 HGB. will ja auch die herrschende Lehre nur bei wesentlichen Abweichungen von der Instruktion zugestehen, s. Dernburg Pr. R. II S. 539, Staub a. a. O. S. 1434 — sowie andererseits Grünhut selbst S. 165 N. 10 auch bei nur „vertragswidriger" Besorgung gegebenenfalls auf einem Umwege zur „gänzlichen Lossagung vom Vertrage" gelangt.

[17] Die oben N. 15 angeführte L. 5 § 1 fährt fort: „et, si susceptum non impleverit, tenetur".

[18] Davon abgesehen vielleicht außerkontraktliche Ersatzansprüche auf Grund des unbefugten Eingriffes in die Rechtssphäre des dominus negotii (§ 1038 a. E.).

[19] Vergl. Grünhut S. 180 ff., Guillouard p. 513.

[20] Zumeist, aber doch wohl nicht notwendig in allen Fällen, wird man den excessus mandati als Geschäftsführung „gegen den erklärten Willen" des Mandanten bezeichnen können, wie Grünhut S. 187; besser Pacchioni Della gestione degli affari p. 686 N. 97.

[21] Die nähere Begründung dieser Sätze (aus §§ 1037 ff.) muß der Lehre von der neg. gestio überlassen bleiben.

ſtanden werden, ſo lange noch res integra iſt; ja bei einer Geſchäftsführung gegen ſein im voraus erklärtes Verbot (§ 1040) ſelbſt dann nicht, wenn ein tatſächlicher Eingriff in ſeine Rechtsſphäre vorliegt.[22]

Wieder verſchieden (ſowohl von α wie β) liegt die Sache, wenn der Mandatar das ihm aufgetragene Geſchäft tatſächlich durchgeführt hat, aber ſtatt für den Mandanten für ſich ſelbſt, in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Hier hat er nicht als Mandatar gehandelt, aber auch nicht als negotiorum gestor; fehlte ihm doch die Abſicht, ein fremdes Geſchäft zu beſorgen.[23] Daher kann überhaupt von „Genehmigung" dieſer Geſchäftsführung durch den Mandanten keine Rede ſein.[24]

Hiermit erledigt ſich auch die häufig aufgeworfene Frage der bloß teilweiſen Ratihabition.[25] Entſcheidend iſt, ob die wirklich

[22] Es ergibt ſich dies aus dem jus tollendi des gestor nach § 1040; vgl. auch Grünhut S. 189 ff.

[23] Über den „animus negotii alieni gerendi" ſ. unten im Kapitel von der Geſchäftsführung ohne Auftrag.

[24] So richtig für den dort mitgeteilten Rechtsfall Fiſcher Zſchr. für öſterr. Rechtsgelehrſamkeit 1826 II S. 125 ff., Rippel VII S. 89 ff., Stubenrauch II S. 230 N. 1. (Der Bevollmächtigte hatte den Auftrag, ein Haus um 20.000 fl. für den Machtgeber zu erſtehen, er kaufte es für ſich ſelbſt um 21.000 fl.). In ſolchen Fällen liegt 1. ſchlechthin Nichterfüllung des Auftrags vor (anders allerdings Schloßmann a. a. O. II S. 76 ff., nach welchem die „Vertretungswirkung" gleichſam automatiſch einträte), ſomit, falls die Erfüllung, d. i. Abſchluß im Namen und zu den Bedingungen des Mandanten, möglich war, culpa des Mandatars und Schadenerſatzpflicht desſelben. 2. Auch, falls dies nicht möglich war, hatte der Mandatar, bevor er für ſich ſelbſt abſchloß, nach Umſtänden neue Weiſungen einzuholen (ſiehe oben S. 553), und wenn er dies fahrläſſig oder abſichtlich unterließ, hat er nun aus dieſem Grunde Schadenerſatz zu leiſten. Überall alſo lediglich Schadenerſatzpflicht wegen Verſchuldens, nicht etwa ein direktes Aneignungsrecht des Mandanten (wie ſie etwa Art. 56 HGB. ſtatuiert), ebenſowenig eine Herausgabepflicht unter dem Titel eines „ſtellvertretenden commodum" (ſ. unten § 79 N. 39). Wohl aber iſt zu beachten, daß jener Schadenerſatz, der ja gemäß § 1323 in erſter Linie „Naturalreparation" ſein ſoll · vgl. § 249 deutſch. BGB., und über den Gegenſatz zum „ſpezifiſchen" Schadenerſatz Degenkolb Arch. für ziv. Praxis LXXVI S. 1 ff., dazu Rümelin Die Gründe der Schadenzurechnung S. 2 f.) eben in der Form der Abtretung der Ergebniſſe des vom Mandatar für ſich ſelbſt abgeſchloſſenen Geſchäftes begehrt werden kann — in obigem 2. Fall allerdings unter der Vorausſetzung des Beweiſes, daß der Mandant, wenn ſeine Weiſung eingeholt worden wäre, die von ſeinem urſprünglichen Auftrage abweichenden Bedingungen genehmigt hätte (nicht richtig daher Ellinger zu § 1009, aber auch nicht, in dieſer Allgemeinheit, der Satz von Tuhr Jahrb. f. d. Dogm. XLVI S. 49 N. 13, daß bei „Schadenerſatz wegen Nichterfüllung" trotz § 249 BGB. zit. überall an Gelderſatz zu denken ſei). Abgeſehen davon bleibt 3. zu erwägen, ob und inwieweit der Mandatar dabei anvertrautes Gut des Mandanten für ſich ausgenützt und daher ein „lucrum ex re" zu reſtituieren hat; vgl. unten S. 571 und dazu den von Heyßler GZ. 1852 Nr. 105 erzählten Fall.

[25] Vgl. die bei Grünhut S. 201 N. 25 zitierten Schriftſteller, dann Tartufari Della rappresentanza (1892) no. 327, 404.

unternommene Geschäftsbesorgung sich als ein unteilbares Geschäft darstellt oder nicht. Ersteren Falles bedeutet die „Überschreitung" ein „aliud pro alio" und greifen daher die oben (β) dargelegten Grundsätze Platz: Ablehnung oder Genehmigung ist nur bezüglich des Ganzen möglich, ein Genehmigungsrecht des Auftraggebers besteht regelmäßig überhaupt nicht.[26]

Anderen Falles, d. i. wenn die „Überschreitung" sich als ein selbständiges Geschäftsunternehmen, sei es auch im Anschlusse an das aufgetragene erweist, steht der Zurückweisung der Überschreitung nichts entgegen, während dieselbe bezüglich des in den Rahmen des Auftrags fallenden Teiles ausgeschlossen ist (oben α).[27]

Überall kann die Ratihabition ausdrücklich oder stillschweigend geschehen (§ 1016).[28] In Betreff ihrer Auslegung aber ist noch eines zu betonen. Die Genehmigung, von der hier die Rede ist, gilt lediglich der Frage, ob das Geschäft überhaupt als Geschäft des Mandanten anerkannt werde. Auch wenn letzteres zutrifft, ist damit aber noch nicht gesagt, daß die Ausführung in allem gutgeheißen sei. Ob sie so gemeint, mit anderen Worten, ob die „Genehmigung" zugleich „Decharge" für den Mandatar sei, ist jedesmal erst festzustellen.[29]

Der Beweis der Mandatsüberschreitung[30] obliegt dem Auftraggeber,[31] dem Mandatar der Gegenbeweis (§ 1298), daß er ohne Verschulden seinerseits diese Überschreitung nach der Natur der ihm gegebenen Instruktionen für geboten oder doch gestattet halten durfte; dazu gehört auch, daß vorherige Anzeige an den Auftraggeber untunlich oder erfolglos war.[32] Desgleichen wäre es Sache des

[26] So ist wohl auch Grünhut S. 200 zu verstehen.

[27] Troplong Nr. 269 f.

[28] „Aneignung" der Vorteile der Überschreitung ist zugleich Aneignung der Geschäftsführung, Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon v. Mandat, vgl. PrLR. I 13 § 144.

[29] Grünhut S. 200, Monroy Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 72 f., vgl. Slg. 2116 und 4597.

[30] Soweit Ersatzansprüche daraus abgeleitet werden sollen, auch des erlittenen Schadens, vgl. Pfaff Gutachten über die Revision des 30. Hauptstückes S. 120 N. 345 (eine Rechtsvermutung wie PrLR. I 13 § 52 besteht für uns nicht); dabei bleibt dem Mandatar der Gegenbeweis offen, daß der Schaden den Mandanten auch bei gehöriger Ausführung getroffen hätte, s. Slg. 2791, vgl. Dernburg Pr. R. II S. 523 N. 24, Mommsen Beiträge zum OR. II S. 148 ff.

[31] Nicht etwa ein Widerspruch mit § 1298; der Mandant hat jedenfalls das Mandat nachzuweisen, und dazu gehört der Nachweis des Inhalts des Auftrages, aus welchem sich eben die „Überschreitung" ergibt — so führt richtig aus die Entsch. bei Seuffert Archiv XIX Nr. 195.

[32] Vergl. Grünhut S. 173 ff., Winiwarter IV S. 218 f., Dernburg Pr. R. II S. 170 und die bei Windscheid II § 410 N. 4 angeführte Judikatur.

Mandatars, die nachträgliche Ratihabition einer festgestellten Überschreitung des Auftrags darzutun.

5. Nicht selten gibt eine Auftragsüberschreitung Anlaß zu der Frage, ob der Mandatar gegen den dem Mandanten verursachten Schaden einen ihm anderseits verschafften Gewinn in Anrechnung bringen dürfe — **compensatio lucri cum damno.**[33] Die Anwendung der diesbezüglich geltenden allgemeinen Leitsätze (§§ 1191, 1312), — die im Zusatze näher begründet und entwickelt sind —, führt zu dem Ergebnisse: Hat der Mandatar eine Abweichung vom Auftrage zu verantworten, gleichviel ob vertragswidrige Ausführung (oben 4. α) oder Besorgung eines anderen statt des aufgetragenen Geschäftes (oben 4. β), so steht ihm die Anrechnung des erzielten Gewinnes auf den von ihm zu ersetzenden Schaden zu, soferne beide sich als Ergebnis eines einheitlichen Geschäftsführungsaktes darstellen; dagegen ist er nicht in der Lage, die Haftung für die auf der einen Seite in Ausführung des Auftrags begangene culpa unter Berufung auf einen auf der anderen Seite in einem wirtschaftlich von jener trennbaren Geschäftskreise für den Auftraggeber errungenen Vorteil abzulehnen.

Zusatz.

Zusatz. Bei sogenannter **compensatio lucri cum damno**[34] — wenn anders man der Formel nicht eine so weite und deshalb technisch wertlose Bedeutung beilegen will — ist nicht an die immerhin möglichen Fälle zu denken, wo dem Verpflichteten, hier dem Mandatar, teils eine Beschädigung des Vertragsgenossen und daher eine Ersatzschuld zur Last fällt, teils eine nützliche Verwendung für jenen und daher eine Ersatzforderung wegen seines Aufwandes zugute kommt. Dabei handelt es sich um eine Kompensation von Forderung und Gegenforderung im gewöhnlichen Sinne des Wortes, über die nichts besonderes zu sagen ist.[35] Die „compensatio lucri cum

---

[33] Aus der Literatur seien die (in den folgenden Noten nur mit dem Namen der Autoren zitierten Arbeiten) hervorgehoben: Vangerow Lehrb. III § 571 Anm. 1, aus neuerer Zeit die Dissertationen über „C. l. c. d.", von Larenz (Göttingen 1896) und Walsmann (Rostock 1900), vor allem aber die eingehende Untersuchung von Ortmann Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch (1901) (als Vorarbeit kann desselben Verfassers Aufsatz in Gellers ZBl. 1897 S. 689 ff. gelten), und dazu W. Stintzing „Findet die Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?" (1905).

[34] Der Ausdruck „compensare (pensare) lucrum c. damno" oder „commodum c. damno" ist quellenmäßig; Ortmann (S. 12) ersetzt denselben, mit ansprechender Begründung, durch den umfassenderen „Vorteilsausgleichung".

[35] Daß die Geltendmachung der Gegenansprüche des Mandatars durch Kompensation nicht etwa wie für den Verwahrer (oben S. 328 f.) verboten ist, s. unten § 88 Z. 3.

damno" gilt aber der durchaus verschiedenen Frage, ob und inwieweit der Mandatar die sonst begründete Verantwortung für einen dem Mandanten verursachten Schaden[36] ablehnen kann[37] mit dem Hinweis auf einen Vorteil, den er ihm anderseits zugebracht hat. Hier handelt es sich um die Anrechnung des Schadens, nicht um Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung; sind doch beides, der Schaden wie der Nutzen der Geschäftsführung Passivposten[38] für den Mandatar, nicht aber sich deckende Aktiva und Passiva, und die Frage ist nicht, wie bei der Kompensation i. e. S., ob die eine Forderung durch die andere aufgehoben, sondern ob die eine mit Rücksicht auf die andere überhaupt entstanden ist.[39] — Mit dieser Frage nun steht, wie sich zeigen wird, in einem gewissen Zusammenhange, ohne aber deren Lösung unmittelbar zu enthalten, der bereits oben berührte Satz, daß der Geschäftsherr niemals die einheitliche Geschäftsführung nach Willkür zerreißen kann, indem er den vorteilhaft ausgegangenen Teil derselben sich aneignet (genehmigt), den mit Schaden belasteten zurückweist.[40] Mit der Annahme des „aus dem Geschäfte entstandenen Vorteils" hat er die ganze in sich zusammenhängende Gestion als sein Geschäft anerkannt. So viel besagt der Schlußsatz des § 1016; aber auch nicht mehr. Mit der Annahme des „Vorteils" hat der Geschäftsherr sich die actio mandati directa gesichert, aber sich auch der actio

[36] Es ist also (vgl. oben S. 540) überall kulpose Schädigung durch den Geschäftsführer vorausgesetzt. Gegen die — aus Anlaß des angeblichen Widerspruches zwischen L. 10 D. de neg. gest. und L. 23 § 1 D. pro soc. aufgestellte — Ansicht, daß die Vorteilsanrechnung gerade nur gegenüber kasuellem Schaden Platz greife (Fritz Erläut. z. Wening-Ingenheim P. III S. 72 f., Brinz II S. 652) s. Cohnfeldt Die Lehre vom Interesse S. 171, auch Windscheid II § 430 N. 5.

[37] Treffend spricht daher an der entsprechenden Stelle das PrLR. I 17 § 215, nicht wie § 1191 ABGB., von „Ausgleichung des Schadens", sondern von „Befreiung des Gesellschafters von seiner Verbindlichkeit zum Schadenersatze", und auch Ulpian in L. 26 D. pro soc. von compensatio nicht des Schadens, sondern der „neglegentia" — also doch wohl mehr als bloß ein „juristisch-technischer" Gegensatz zwischen c. l. c. d. und eigentlicher Kompensation (wie Mayr GZ. 1904 S. 302 meint). Selbst bei Ortmann S. 10 ff. scheint mir dies nicht genügend hervorgehoben; noch weniger aber bei Stintzing, dessen Polemik S. 6 ff., trotz der S. 4 f. betonten Unterscheidung zwischen c. l. c. d. und „wahrer Aufrechnung", doch wieder nur darnach fragt, ob denn und woher der Schadenersatzpflichtige einen Anspruch auf Abforderung des dem Beschädigten verschafften Vorteiles habe, den er gegen den Ersatzanspruch in Abrechnung bringen könne. Daraus dürfte es sich dann erklären, daß Stintzing eine Reihe von Einzelfällen zwar nach richtigem Gefühle zu entscheiden, aber, wie er (S. 21) selbst konstatiert, nicht ein Prinzip für die Frage, ob Vorteilsausgleichung stattfinden solle, aufzustellen vermag.

[38] Vgl. Larenz S. 8 und 11 f., Ortmann S. 20 ff., auch Guillouard p. 426, der aber mit Unrecht aus dieser Unterscheidung ein Argument gegen die Zulässigkeit der sogenannten c. l. c. d. macht. Minder klar Walsmann S. 36 f.

[39] Daher, zum Unterschiede von der Kompensation, die „Vorteilsausgleichung", wenn überhaupt, so ipso jure eintreten muß, Ortmann S. 21, Larenz S. 55 f., Rümelin Krit. Vierteljahrschr. N. F. IX S. 207. Anders Walsmann S. 50 f.

[40] Vgl. Ortmann S. 190 ff. und oben Z. 4.

contraria unterworfen: daß er jedoch in ersterer Beziehung seinen Ersatzansprüchen wegen der im einzelnen kulposen Führung seines Geschäftes entsagt habe, liegt darin durchaus noch nicht.[41] Und eben deshalb ist damit die Frage der Vorteilsausgleichung noch nicht gelöst.[42] Diese Frage nun kann sich ergeben, I. wo der Geschäftsführer im Rahmen seines Auftrages teils Schaden, teils Nutzen gebracht hat, II. bei Geschäftsführung ohne Auftrag,[43] und III. bei Überschreitung des Auftrags. — Das ABGB. bietet die Leitsätze zur Beantwortung in zwei Stellen, §§ 1312 und 1191,[44] dem Wortlaute nach allerdings nur in spezieller Fassung für zwei besondere Rechtsinstitute, die unbeauftragte Geschäftsführung und die Gesellschaft. Allein nicht nur ist die Gesetzesanalogie für den Bevollmächtigungsvertrag unabweisbar, handelt es sich doch auch in jenen beiden Instituten um eine Geschäftsführung für fremde Rechnung;[45] auch die historische Auslegung lehrt, daß in jenen Sätzen die allgemeinen Grundsätze für die sogenannte compensatio lucri cum damno aufgestellt sind. Die eigentümliche Einreihung derselben erklärt sich hier, wie in manchem anderen Falle, daraus, daß die Kodifikatoren des ABGB. mit dem Rechtssatze des Pandektenrechts auch dessen zufällige Stellung im Corpus Juris übernahmen. Der Usus modernus aber hatte seine Kontroversen über die compensatio lucri cum damno um gewisse Pandektenfragmente gesponnen, die teils dem Titel de negotiis gestis, teils dem Titel pro socio[46] angehören. Die beiden Sätze unseres § 1191 — sie bildeten im Cod. Ther. III 14 noch zwei getrennte Nummern 81 und 82[47] — lassen deutlich ihre Abstammung aus jenen Leges erkennen; der erste (Cod. Ther. l. c. Nr. 81) gibt

[41] Siehe oben S. 559. Auch aus PrLR. I 13 § 51 folgt dies, wie mir scheint, ebensowenig wie aus § 1016; a. A. aber O. Fischer S. 447, Dernburg Pr. R. II S. 523.

[42] Grünhut S. 129 ff. begeht m. E. einen Fehler, indem er beide Fragen identifiziert, — als ob Anerkennung der ganzen Geschäftsführung als auf Rechnung des Kommittenten gehend „praktisch" zur c. l. c. d. führte. Die richtige Entscheidung (S. 131) des von ihm gesetzten Rechtsfalles erscheint daher von seinem Standpunkte aus als Inkonsequenz.

[43] Der Fall gehört streng genommen nicht hieher; in der Lehre von der negotiorum gestio wird darauf einzugehen sein.

[44] Hasenöhrl I S. 274 f., der hier, wie öfters, nur die gemeinrechtlichen Kontroversen im Auge hat, hat diese positiven Gesetzesstellen ganz übersehen. Besser Sächy S. 282 f.

[45] Über die Gleichartigkeit der causa der Obligation aus Mandat und negotiorum gestio s. einstweilen oben S. 9; was die Geschäftsführung des Gesellschafters betrifft, so ist auf die Analogie in § 1190 geradezu hingewiesen. — Auch die französische Jurisprudenz zieht, trotz des Widerspruches von Troplong Nr. 403 und 433, die Analogie des (unserem § 1191 entsprechenden) Art. 1850 Code an, Guillouard p. 426, Le Jolis p. 305, vgl. auch schon Pothier, Traité du contr. de mandat Nr. 52.

[46] Vgl. auch § 2 J. de societate 3, 25.

[47] Welche dann im Entw. Horten III 15 § 33 und Entw. Martini III 9 § 12, bezw. WgalGB. III § 290 zusammengezogen wurden. Dem letzteren gegenüber erhielt (s. Ofner II S. 115) der jetzige § 1191 am Schlusse eine schärfere Fassung, indem statt „es kann" gesagt wurde, „es soll eine Ausgleichung" stattfinden.

L. 25, 26 D. pro socio wieder, der zweite (l. c. Nr. 82) klingt mit den Worten „neues Geschäft" offenbar an an die berühmte L. 10 D. de neg. gest. („novum negotium").[48] Und auch § 1312 hat seine Wurzeln in letzterem Titel, L. 5 § 14 ibid. — Auf die hier interessierenden Fälle (oben I—III) angewendet, führen nun diese Normen zu folgenden Unterscheidungen: a) Ist es ein und dieselbe Handlung oder Unterlassung, aus welcher einerseits ein Schaden, anderseits ein Gewinn entsprungen ist,[49] so ist letzterer in den Ersatz des ersteren einzurechnen, oder besser, als schädigender Erfolg der einen Tatsache ergibt sich eben nur der Überschuß des ersteren über den letzteren.[50] Das gilt für die Geschäftsführung auf Grund Mandats wie für die unbeauftragte (ad I und II). Mit Recht hat man dies für so natürlich erklärt, daß es einer quellenmäßigen Begründung füglich gar nicht bedürfe.[51] Indes kann auf dem Boden des ABGB. sogar als positiver Beleg § 1312 angeführt werden. Er gibt ein Muster derartiger Fälle: Eben dieselbe Handlung des gestor, durch die er „in einem Notfalle" wirkliche Hilfe gebracht hat, hat es verschuldet, daß ein anderer nicht eingriff, „der noch mehr geleistet haben würde"; der gestor haftet für letzteres, aber er „kann den sicher verschafften Nutzen gegen den verursachten Schaden in Rechnung bringen". Schon die Fassung dieses Zusatzes lehrt, daß er nicht etwa eine durch die Besonderheit der Sachlage gebotene Norm für eine billige Ausgleichung geben will, sondern nur die naturgemäße Regel für die Berechnung des zu ersetzenden Schadens.[52] — b) Sind es hingegen

[48] Siehe auch Linden Das früher in Österreich übliche gemeine Recht III S. 57 N. 3.

[49] So auch die herrschende Lehre, s. zur Übersicht Ortmann S. 25 ff. Auch die Formel von Treitschke Kommissionshandel S. 12 f. („es komme darauf an, ob „der Nutzen durch den Schaden bedingt war") läuft wohl praktisch auf das gleiche hinaus. Daß übrigens das „einheitliche Faktum" nicht in zu engherziger Weise verstanden werden dürfe (vgl. Ortmann S. 63 ff.), hat bereits Mommsen Beiträge zum Obl. R. II S. 194 N. 3 bemerkt. Einen anderen Gesichtspunkt zeigt in sehr beachtenswerter Weise Rappaport Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse S. 188 ff. (vgl. auch P. Klein Untergang der Obligation durch Zweckerreichung S. 136 ff.). — Ein gutes Beispiel siehe bei Ortmann S. 66 (der Kommissionär führt den Auftrag, gewisse Wertpapiere zu verkaufen, verspätet aus; infolge mittlerweiliger Kurssteigerung mit Gewinn, aber infolge mittlerweiliger Gesetzesänderung unter einer erhöhten Börsensteuer); ein verwandter Fall RÖHG. XXII S. 184 und XXVII S. 186 ff.

[50] Windscheid II S. 51 f., vgl. Titze a. a. O. S. 140, und dazu Ortmann S. 5 ff. über den „Begriff des Schadens und Vorteils". Dagegen nicht überzeugend Stintzing S. 6 ff., anderseits Rümelin a. a. O. S. 199 ff.

[51] Windscheid a. a. O. N. 4 und Kipp ebd. S. 62, Sághy a. a. O., Ortmann S. 59. Die Verfasser des deutschen BGB. haben mit Rücksicht auf die „Selbstverständlichkeit" der allgemeinen Grundsätze (vgl. D. Mot. II S. 18 f. und S. 608) jede Normierung der Frage der c. l. c. d. vermieden, für die Fälle ad II und III des Textes doch vielleicht nicht mit Recht. Ob die c. l. c. d. nicht weiter geht, als jener Rechtssatz (so z. B. Rehbein Das bürgl. GB. II S. 53) ist eben noch die Frage.

[52] Man beachte den Unterschied in der Stilisierung der betreffenden Sätze

verschiedene Fakta, wenn auch im Bereiche derselben Geschäftsbesorgung, von denen das eine Schaden, das andere Vorteil im Gefolge hatte, so sondern sich die Fälle: Ad I. Innerhalb einer durch den Bevollmächtigungsvertrag[53] übernommenen Geschäftsbesorgung ist die compensatio lucri cum damno ausgeschlossen; der Gestor haftet für den von ihm verschuldeten Schaden und dieser „läßt sich mit dem Nutzen, den er (dem Mandanten) sonst verschaffte, nicht ausgleichen": § 1191, 1. Satz.[54] Und das hat seinen guten Grund. Zur Überlassung „allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzens" (§ 1009) ist er dem Geschäftsherrn kraft seiner Vertragstreue verpflichtet; wie käme er dazu, die Haftung für die in einem Punkte begangene Fahrlässigkeit durch die bloße Berufung auf seine Pflichterfüllung in einem anderen Punkte abzulehnen![55] — Anders ad II. Wo es sich um einzelne Phasen einer negotiorum gestio handelt, zu welcher der Geschäftsführer überhaupt nicht verbunden war,[56] scheint es in der Tat die Billigkeit zu ver-

---

des § 1312 („den Nutzen in Rechnung bringen") und des § 1191 („Ausgleichung" — siehe dazu unten N. 57. Es ist daher nicht richtig, den Satz des § 1312 einfach „arg. § 1191" abzuleiten, wie Stubenrauch II S. 669 (nicht so die 1. Auflage!); richtiger Kirchstetter zu § 1312 N. 2, aber mit irriger Schlußfolgerung, vgl. auch Walsmann S. 24. Zsághy S. 283 bezieht den Schlußsatz des § 1312 mit Unrecht auf die Herbeiführung von Schaden und Nutzen durch verschiedene Fakten und will darin ein Sonderrecht für die necessaria neg. gestio sehen. Dieser Schlußsatz, welcher noch im Cod. Ther. (III 19 Nr. 28 und in Hortens Entw. III 20 § 10), ebenso wie in deren Vorbild, der L. 5 § 14 D. de neg. gest., gefehlt hatte, ist, ohne daß damit eine Singularität eingeführt werden wollte, in Martinis Entw. III 13 § 30 (WgalGB. III § 440) beigefügt, offenbar nach dem Muster von PrLR. I 13 § 253 (wie namentlich der nicht österreichische Anklang: „allemal" abzurechnen — beweist).

[53] Oder sonst einheitlicher Geschäftsführungspflicht, wie Vormundschaft u. dgl.

[54] Auch darüber ist die gemeinrechtliche Literatur ziemlich einig, s. Ortmann S. 170 ff., Crome II S. 77 ff. Als Beispiel s. den Fall bei Grünhut S. 130 f. (der Kommissionär, der die Weisung hatte, um einen bestimmten Preis Ware zu kaufen und dieselbe in bestimmter Weise an den Kommittenten zu verfrachten, kauft billiger ein und verfrachtet teurer) oder Slg. 15104; zu letzterem vgl. L. 39 § 14 D. de adm. tut. 26,7 und L. 11 D. de usur. 22,1. Siehe auch Art. 94 HGB.

[55] Seit Zeiller III S. 546 motivieren die Kommentare, s. Scheidlein, Winiwarter, Ellinger, Stubenrauch, den Satz des § 1191 mit einem ähnlichen Gedankengange. Der ursprüngliche Text des Entw. Martini III 9 § 12 hatte nach Harrasowsky V S. 191 N. 1 sehr charakteristisch in dieser Richtung von dem „durch seine vertragsmäßige Verwendung" — statt, wie WgalGB. III § 290 und § 1191 ABGB. von dem „sonst verschafften" Nutzen" — gesprochen. Vgl. auch D. Mot. II S. 608, Ortmann S. 195.

[56] Man wende nicht ein, daß ja auch der negotiorum gestor zur Fortsetzung der einmal unternommenen Geschäftsführung verpflichtet sei (§ 1039). Damit ist vorerst nur gesagt, daß er für die schädlichen Folgen des Abbrechens der Geschäftsführung haftet, jedenfalls aber nicht, daß er auch weitere nicht unmittelbar mit dieser zusammenhängende Geschäfte auf sich zu nehmen habe (implizite ist das Gegenteil in § 1312 pr. enthalten). Dies gegen Mommsen a. a. O. S. 196 f. N. 4. Richtig, wenngleich in etwas gewundener Darstellung, Ruhstrat Jahrb. f. d. Dogm. XXVII S. 84 ff. Eine Andeutung dieses Gedankens auch bei Stintzing S. 50 f.

langen,[57] daß wenn er durch das „eigenmächtig unternommene Geschäft von einer Seite Schaden und von der anderen Nutzen verursacht, eine verhältnismäßige Ausgleichung stattfinde" (§ 1191, 2. Satz), compensatio lucri cum damno,[58] immer vorausgesetzt natürlich, daß die Geschäftsführung von dem Geschäftsherrn als auf seine Rechnung gehend überhaupt genehmigt wird oder werden muß.[59] — Mit diesen Sätzen ist auch die Richtschnur gegeben ad III für Auftragsüberschreitungen, wobei nur an eine bereits früher gemachte Unterscheidung[60] zu erinnern ist: α) Liegt Überschreitung im engeren Sinne des Wortes vor, d. i. vertragswidrige, aber doch immer Ausführung des Auftrages, so ist dies nichts anderes als ein Fall des oben ad I (a und b) erörterten Gebietes. Darnach kann von einer Ausgleichung insbesondere (ad I b) gemäß § 1191, 1. Satz, auch dann keine Rede sein, wenn sich unterscheidbar in dem Teile der Geschäftsführung, der sich noch innerhalb der Grenzen des Auftrags bewegte, ein vom Mandatar verschuldeter[61] Schaden, in dem jene Grenzen überschreitenden Teile ein unvorhergesehener Gewinn ergeben hätte, oder umgekehrt.[62] — β) Die Überschreitung kann aber ein „aliud pro alio" bedeuten, und dies wieder zunächst aa) so, daß vermöge der Abweichung von den Weisungen des Auftrages die ganze Geschäftsführung sich als ein „aliud" sich darstellt.[63] Damit wäre wieder, falls der dominus dieselbe überhaupt als sein Geschäft gelten läßt (und das kann er nur zur Gänze oder gar nicht), lediglich der obige

---

[57] Vgl. Cod. Ther. l. c. Nr. 82: „In diesem Fall allein ist es billig usw." — Art. 94 HGB. kennt diese Billigkeitsnorm nicht, vgl. Pollitzer Das österr. HR. S. 157 N. 30.

[58] So dürfte wohl auch der Gegensatz zwischen L. 10 D. de neg. gest. und LL. 23 § 1, 25, 26 D. pro soc. (vgl. oben S. 563) zu verstehen sein; über die verschiedenen Erklärungsversuche s. Ortmann S. 176 ff., Larenz S. 45 ff., Stintzing S. 22 ff.

[59] Damit dürften auch die Bedenken von Stintzing S. 18 f. N. 1 widerlegt sein. Für die Genehmigung der Geschäftsführung aber wird allerdings auch das Verhältnis von Nutzen und Schaden maßgebend sein („klarer, überwiegender Vorteil": § 1037), vgl. Rippel VII S. 509.

[60] Oben S. 556.

[61] Liegt keine culpa des Mandatars vor, so muß, da dieser für Zufall nicht haftet und eine Zurückweisung des Geschäfts hier ausgeschlossen ist (s. oben S. 556), der Mandant auch den Schaden auf sich nehmen. Und in dieser Richtung ist nicht zu übersehen, daß gerade im Hinblick auf den auf einer anderen Seite erzielten oder sicher zu erzielenden Gewinn die Überschreitung der Instruktion nicht selten als entschuldigt erscheinen kann — ein Punkt, auf den, nach dem Vorgange der amerikanischen Jurisprudenz, Le Folis p. 306 aufmerksam macht. Vgl. übrigens auch Grünhut S. 130.

[62] Trotz der Zusammengehörigkeit der ganzen Geschäftsführung ist solche Unterscheidung mitunter denkbar; z. B. beauftragt, eine bestimmte Quantität Ware auf einem bestimmten Markte einzukaufen, ersteht der Mandatar einen Teil auf diesem, einen Teil auf einem anderen Markte.

[63] So, wenn der Machthaber Ware aus einer anderen als der ihm vorgeschriebenen Quelle bezieht, falls die Provenienz aus dieser letzteren das Wesentliche war (vgl. oben N. 16). Siehe auch den von Ortmann S. 67 mitgeteilten Fall (der Spediteur wählt den Seeweg statt des ihm angewiesenen Landwegs).

Fall ad II gegeben: Je nach den Umständen (ad a oder b) ist hier die compensatio lucri cum damno zugelassen oder nicht. Es kann jedoch — bb) die Überschreitung endlich auch so gestaltet sein, daß sich der über den Auftrag hinausgehende Teil der Geschäftsführung von dem innerhalb des Auftrags liegenden völlig loslöst, ein aliud, welches zu dem übernommenen als selbständiges negotium hinzukommt.[64] Zwischen dem Schaden, welchen etwa hier der eine Teil, und dem Gewinn, welchen der andere Teil gebracht hat, ist die compensatio nach dem Grundgedanken des § 1191 (1. Satz) ausgeschlossen. Den Gewinn, den er innerhalb der auftragsmäßigen Gestion errungen, dem Mandanten zu überlassen, ist ja schlechthin Vertragspflicht des Machthabers, die selbständige darüber hinaus liegende Geschäftsführung aber dem Mandanten aufzudrängen, hat er kein Recht, am allerwenigsten, wenn sie zu Schaden geführt hat. Und auch im entgegengesetzten Falle, wenn er in Ausführung des Auftrages wegen irgend einer culpa haftbar geworden, kann er seiner Ersatzpflicht gegenüber nicht den Vorteil in die Wagschale werfen, den er etwa in der freiwillig darüber hinaus unternommenen Geschäftsführung erzielt haben mag; denn selbst die „utilis" negotiorum gestio gibt ihm nur Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen,[65] nicht aber auf Einstellung des Gewinnes in seine eigene Rechnung.

§ 79.

6. Den Abschluß der Leistungspflicht bildet die **Herausgabepflicht**[1] des Mandatars in zweifacher Richtung: Er hat a) dem Auftraggeber zurückzustellen, was er zur Ausführung des Auftrags von ihm erhalten hat, soweit dies nicht eben auftragsgemäß verbraucht ist[2] — und b) dem Auftraggeber auszufolgen, was er für dessen Rechnung aus dieser Geschäftsbesorgung erlangt hat.[3] Und in beiden Richtungen hat er Diligenz- und Treuepflicht zu wahren.

[64] Beispiel: Der Geschäftsführer kauft bei guter Gelegenheit nebst dem Pferde a, auf welches sein Auftrag lautete, auch das Pferd b — oder statt 100 Kilogramm einer Ware 150 Kilogramm: bei dem Pferde a bezw. bei der ersten Partie von 100 Kilogramm ergibt sich ein Schaden, bei dem Pferde b oder zweiten Partie von 50 Kilogramm ein Nutzen, oder umgekehrt.

[65] Dieser Anspruch könnte allerdings Gegenstand einer gewöhnlichen Kompensationseinrede (siehe oben bei N. 35) gegen die Ersatzansprüche des Geschäftsherrn sein.

[1] „Vermögensherausgabe": Grünhut S. 238. Über den Gegensatz zwischen „Restitutionsansprüchen" wie er solche Herausgabe nennt und „Leistungsansprüchen" s. Petrazycki Die Lehre vom Einkommen II S. 30f. und Dernburg P. II S. 68f., vgl. auch Monroy Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 158.

[2] Windscheid II S. 747f.

[3] Vgl. § 667 BGB: „. . . Dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben".

Zu a) gehört auch die Rückstellung der dem Mandatar etwa eingehändigten Vollmachtsurkunde,[4] welche den Machtgeber gegen Mißbrauch der erloschenen Vollmacht (man denke an § 1026!)[5] sichern muß. Eine Ausnahme besteht für den Advokaten, der „nicht verpflichtet ist, der Partei die Vollmacht zurückzustellen" (§ 13 AO.),[6] sowie dem Advokaten auch bezüglich anderer Urkunden das Privileg eines gleichsam abgeschwächten Retentionsrechts, die Zurückbehaltung von Abschriften zum Zwecke der Feststellung seiner Vertretungskosten (§ 12 AO.)[7] gewährt ist. Das sogenannte Retentionsrecht nach § 19 AO. wird noch an späterer Stelle zu erwähnen sein.[8]

Was der Mandatar sonst zum Zwecke der ihm aufgetragenen Geschäftsbesorgung vom Mandanten erhält, sei es Geld, sei es Urkunden oder irgend welche Sachen, daran erlangt er der causa des Verhältnisses entsprechend, regelmäßig weder eigenes Recht, noch auch nur Besitz;[9] er ist, gleich dem Depositar, „bloßer Inhaber mit der Pflicht, die ihm anvertraute Sache vor Schaden zu sichern", bezw. dem Auftrage gemäß zu verwenden und nach Endigung des Verhältnisses zurückzugeben.[10] Die „Herausgabe" („restituere") bedeutet daher lediglich tatsächliche Zurückgabe, nicht erst „Übergabe" im Sinne einer Rechtsübertragung (§§ 425 ff.), ein „facere", kein „dare".

Indes, soweit es sich um vertretbare Sachen, namentlich Geld handelt, wiederholt sich hier die im Gebiete des depositum (irregulare) beobachtete Erscheinung. Ohne im übrigen an der causa des Bevollmächtigungsvertrages zu rühren, geht der Parteiwille in solchem Falle zumeist dahin, daß die Stücke selbst, welche dem Machthaber zum Zwecke der Geschäftsführung gegeben werden, zu dessen beliebiger Verfügung stehen, und nur die Summen dem Machtgeber in

---

[4] So ausdrücklich Code civ. Art. 2004, BGB. § 175, vgl. Stammler Das Recht der Schuldverhältnisse S. 104, auch L. 8 pr. D. h. t. 17, 1.

[5] Vgl. den Fall Slg. 13457.

[6] Vgl. Slg. 13082.

[7] An ihn gerichtete Briefe des Mandanten zurückzustellen, ist der Advokat nicht gehalten; vgl. schon Troplong Nr. 768.

[8] Unten § 88 N. 13. — Nur unter dem Gesichtspunkte eines Retentionsrechts nach § 12 AO. ließe sich unter Umständen ein Besitzschutz des Advokaten gegen seinen Klienten rechtfertigen, wie er Slg. 10465 zugelassen wurde.

[9] Auch nicht Rechtsbesitz (siehe aber die vorige Note); vgl. oben S. 313 ff. Über das Recht des deutschen BGB. siehe Isay S. 280.

[10] Insoweit kann man also sagen, daß die obligatio des Mandatars „re contrahitur", ohne daß deshalb die Unterscheidung vom Trödelvertrag (siehe oben § 68) verloren ginge; vgl. dazu Brinz Krit. Blätter I S. 18 ff. und über die historische Entwicklung aus dem Realkontrakt oben § 60 N. 12.

Rechnung gestellt bleiben sollen, mit anderen Worten, die Hingabe nimmt die Form des Kredits[11] an („Vorschuß": § 1014), und die Rückgabe des Mandatars hat die Natur einer Zahlung im eigentlichen Sinne, die Forderung des Mandanten die Natur einer condictio.[12] Ob das so gemeint ist, bleibt allerdings in jedem Falle Auslegungsfrage.[13]

Aber auch bezüglich nicht vertretbarer Sachen oder Rechte entsteht, ausnahmsweise, ein ähnliches Verhältnis, wenn dem Auftrag die Zusatz 1. Gestalt des **fiduziarischen Geschäfts** gegeben wird. Um ihm die für die zu übernehmenden Geschäfte erforderliche Verfügungsfreiheit zu gewähren, ist der Mandant unter Umständen genötigt,[14] oder hält er es für angemessen, dem Mandatar Objekte seiner Geschäftsführung nicht bloß tatsächlich einzuhändigen, sondern auch rechtlich so zu übergeben, daß dieser nun zu eigenem Rechte über dieselben zu disponieren in der Lage ist, nicht bloß als Vertreter, sondern als Treuhänder.[15] Was dieser nun unternimmt, tut er nicht bloß im eigenen Namen, sondern formell auch kraft eigenen Rechts, wenngleich im fremden Interesse; er handelt weder in „offener", noch in „geheimer", sondern überhaupt nicht in Vollmacht.[16] An der grundsätzlichen Zulässigkeit und Gültigkeit derartiger Treueverhältnisse im Bereiche des geltenden Rechtes[17] wird man nicht zweifeln dürfen;

[11] Vgl. oben S. 26 f.

[12] Vgl. Crome II S. 616 N. 29 und oben S. 48 f.

[13] Bei Übergabe unverschlossenen Geldes wird man im Zweifel, so wie bezüglich des Depositums (siehe oben S. 369), Eigentumsübergang auf den Mandatar annehmen dürfen (auch der Ausdruck „Vorschuß" in § 1014 spricht dafür); dazu aber sehr beachtenswerte Ausführungen bei Schloßmann Ztschr. für H. R. XLIII S. 522 ff.

[14] So ist es z. B. bei Inhaberpapieren unvermeidlich, daß der Empfänger, mag ihm auch nicht zu Eigentum tradiert sein, über die Forderung aus dem Papiere unbeschränkt zu verfügen in der Lage ist. Auf die verschiedenen Ansichten über die Gläubigerschaft aus dem Inhaberpapiere kann hier nicht eingegangen werden; vgl. darüber etwa Hasenöhrl II S. 48 ff.

[15] „Trustee" des englischen Rechts; vgl. E. J. Schuster GZ. 1903 S. 178; Wertheim Wörterb. des engl. Rechts v. Trustee; Kohler Arch. für bürgl. Recht III S. 269 ff. Der französische Terminus „prête-nom" verleitet unpassenderweise zu der Vorstellung einer Simulation, wie etwa unser „Strohmann"; vgl. unten N. 51.

[16] Sein „power" beruht, wie Kohler Arch. für bürgl. Recht III S. 273 N. 59 vom „trustee" sagt, „auf seinem Eigentum, nicht auf seinem Recht, Organ einer anderen Person zu sein". Dieser Gegensatz zwischen „stillem Stellvertreter" und „Treuhänder" kommt nicht genügend zur Geltung bei Guillouard p. 335 und wird mit Unrecht geleugnet von Schloßmann a. a. O. II S. 385 f. Siehe auch unten N. 20.

[17] Ob die römische „fiducia cum amico" (Gai. II 60) auch zu anderen als Pfandzwecken verwendet war, kann hier dahingestellt bleiben; vgl. darüber Ortmann D. fiducia S. 135 ff. und 146 ff. gegen Heck Ztschr. der Sav.-Stift., röm. Abt. X S. 101 ff. und Göppert ebd. XIII S. 317 ff.

ebensowenig aber daran, daß dieses Vertragsverhältnis ein „Bevollmächtigungsvertrag" im Sinne des § 1002, der Treuhänder ein Mandatar genannt werden muß,[18] so lange der Zweck des Ganzen, die causa jener fiduziarischen Übereignung eine Geschäftsbesorgung im Interesse des Übergebers ist. Für die internen Beziehungen der Beteiligten gilt alles wie sonst — Diligenzpflicht bezüglich des Empfangenen, Diligenzpflicht und Treuepflicht bezüglich der Verwendung und Verfügung, endlich Rückstellungspflicht[19] nach beendigtem Geschäfte. Diese Herausgabe freilich ist hier Zurückübertragung des Rechtes, nicht bloß tatsächliche Ausfolgung, der Anspruch des Mandanten nur persönlicher Leistungsanspruch, keine dingliche Rückforderung, und deshalb auch diese Form des Anvertrauens die für den Mandanten gefährlichere.[20]

Zu b) gehört die Ausfolgung alles dessen, was der Mandatar an Sachen oder Rechten für Rechnung des Mandanten in Ausführung des Auftrags erlangt hat (§ 1009).

Dabei ist zunächst auf eine ähnliche Unterscheidung hinzuweisen, wie die zuletzt besprochene: Bei Geschäftsführung in „offener Vollmacht" fällt der vom Machthaber erzielte Erwerb — Eigentum oder sonstiges Recht — sofort und unmittelbar dem Geschäftsherrn zu; es kann sich also regelmäßig nur mehr um die tatsächliche Herausgabe der Objekte oder etwa der Behelfe zur Geltendmachung dieser Rechte handeln.[21] Anders bei „stiller" Stellvertretung. Deren Ergebnisse gehören vorerst in das Vermögen des Mandatars; um sie dem

[18] Die Behauptung, daß dies unmöglich sei (Goltz Die fiduz. Rechtsgeschäfte S. 25), beruht auf der Verwechslung von Auftrag und Vollmacht (oben § 61).

[19] Auch bezüglich der Früchte; vgl. Petrazycki a. a. O. II S. 37.

[20] Auch gegenüber der Konkursmasse des Fiduziars bleibt der Anspruch des Treugebers Mandatsforderung, nicht Aussonderungsrecht (wie eine bekannte Entsch. des DRG. XLV S. 84 f. annimmt; s. dagegen die Entscheid. des OGH. in der GZ. 1853 Nr. 2 [Seuff. Archiv VII Nr. 349]; vgl. auch Slg. N. F. 2255). Die Analogie des Art. 368 HGB. ist abzulehnen (wie dessen Ausdehnung auch bei Beratung des deutschen BGB., s. Protokolle II S. 360 ff., abgelehnt wurde), weil eben der Treuhänder noch mehr als der Kommissionär selbständig gestellt ist. Sehr gut bemerkt Goltz a. a. O. S. 90 (vgl. dort auch die Zitate S. 91): „Wenn man dem Fiduzianten gestattet, seine Stellung dadurch zu verbessern, daß er den Fiduziar zum Eigentümer macht, . . . so muß man (ihm) auch zumuten, die Gefahr des Verlustes (durch den Konkurs) zu tragen". Vgl. auch Schneider Treu und Glauben S. 158 N. 224.

[21] Vgl. Schloßmann Die Lehre von der Stellvertretung II S. 140 f. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Bevollmächtigte, wenn und weil er dem Machtgeber verantwortlich ist, auch aus eigenem Rechte gegen Dritte klagend auftreten kann, siehe die Entsch. bei Manz § 1009 N. 4.

Auftrage gemäß dem Mandanten zuzuführen, bedarf es eines neuen Rechtsübertragungsaktes (Tradition, Zession).[22] So weit der Eingang in vertretbaren Sachen, vor allem in Geld, besteht, kann allerdings auch im ersten Falle, der Geschäftsführung in offener Vollmacht, die Vereinbarung zwischen Mandanten und Mandatar dahin gehen,[23] daß die Stücke selbst, die letzterer eingehoben hat, zu dessen beliebiger Verfügung stehen, und nur die Summen dem ersteren in Rechnung gestellt werden sollen, so daß (wie oben zu a) ein Kreditverhältnis an Stelle des einfachen Verwahrungsverhältnisses tritt.[24]

Diese Herausgabepflicht nun umfaßt alle Eingänge der Geschäftsbesorgung, mögen dieselben in dem Auftrag vorgesehen und beabsichtigt gewesen sein oder nicht.[25] Daher hat der Mandatar auszufolgen, auch was er etwa indebite für den Mandanten eingezogen hat;[26] nicht minder was er in Überschreitung des Auftrags für den Mandanten gewonnen, soweit diesem das Recht der Genehmigung zusteht.[27]

Allein nicht bloß obliegt dem Geschäftsführer die Herausgabe dessen, was er für Rechnung des Mandanten bezogen hat, sondern vermöge seiner Treuepflicht hat er diesem eben „alles aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen" (§ 1009) in Rechnung zu stellen, und demgemäß auszufolgen, auch wenn er ihn zunächst für sich selbst erlangt und angenommen hätte (vgl. § 1013).[28] Unter diesem Gesichts-

[22] Auf das interessante Spiegelbild dieses Gegensatzes zwischen direkter und indirekter Stellvertretung im Gebührenrecht (§ 6c der „Vorerinnerungen" zum Gebührentarif) macht Ehrenzweig Die sog. zweigliedrigen Verträge S. 10 f. N. 1 aufmerksam.

[23] Dieselbe Wirkung hat, vermöge § 371, die Vermischung des im Namen des Mandanten einkassierten Geldes mit dem eigenen.

[24] Bekanntlich wiederholen sich bei der Einkaufskommission in Betreff von Wertpapieren alle die Fragen des Depositums (ob regulare oder irregulare?); vgl. Schey Monatsschrift für Aktienrecht 1896 S. 77.

[25] Zeiller III S. 283, Stubenrauch II S. 231, Grünhut S. 241, Art. 372 HGB.

[26] L. 46 § 4 D. de proc. 3. 3: Ihering Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 74 f.

[27] D. i. soweit der Mandatar doch noch in Ausführung des Auftrags, nicht aber ein ganz anderes Geschäft besorgt hat: s. oben S. 556, vgl. auch Monroy a. a. O. S. 116 ff. Richtig daher die Entsch. GH. 1863 Nr. 16 (Manz § 1009 N. 1). Aus diesem Grunde kann m. E. Herausgabe eines mit unsittlichen Mitteln erzielten Gewinnes nicht gefordert werden, weil darin eine Überschreitung des Auftrags liegt, die niemals genehmigt werden kann (vgl. oben § 77 N. 17); a. M. Dernburg Bürgl. Recht II S. 373 N. 19, Troplong Nr. 422 f.

[28] „Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet": L. 20 pr. D. h. t.: vgl. oben S. 533 f. Gleichwohl genügt zur Erklärung des Satzes nicht der einfache Hinweis auf das „Bereicherungsprinzip", Dniestrzanski S. 72. Dadurch unterscheidet sich der Bevollmächtigungsvertrag vom Trödelvertrag, siehe oben § 68, Zeiller III S. 283, oder vom Bestandvertrag, siehe VGHE., Budwinski V 1166.

punkte ist er denn auch jedenfalls verpflichtet, wenn er Sachen seines Machtgebers oder für diesen in Empfang genommene Sachen in eigenen Gebrauch nimmt, dafür den üblichen Gebrauchszins in Rechnung zu bringen,[29] insbesondere wenn er Gelder des Mandanten für sich verwendet, diesem die **gesetzlichen Zinsen** zu vergüten.[30] Zusatz 2.

Herauszugeben ist anderseits doch nur der Gewinn aus der Geschäftsführung, d. i. das Ergebnis der auf Grund des Auftrages unternommenen Besorgungen (ex causa mandati) und der Ertrag der in Händen des Mandatars befindlichen Vermögensobjekte des Mandanten (lucrum ex re domini), nicht aber der Gewinn aus einem nur bei Gelegenheit der Geschäftsführung zu eigenem Vorteile gemachten selbständigen Geschäfte (occasione mandati).[31] Selbst der glückliche Erfolg einer unbefugten Verwendung von Geldern des Auftraggebers zu eigenen gewagten Unternehmungen geht, wie nicht auf Gefahr, so nicht auf Rechnung[32] des letzteren. Seiner Vertragspflicht wäre der Mandatar ledig im Falle des Verlustes mit der Leistung des Schadenersatzes, sonst der oben erwähnten Vergütungszinsen. Daß dann derartiger, vielleicht unsauberer Gewinn in den Händen des Mandatars verbleibt, ist eine unerwünschte, aber unabweisliche Rechtsfolge.[33] Der Mandant kann darauf keinen Anspruch erheben aus dem

[29] So wie wenn er sie für eigene Rechnung an einen Dritten vermietet hätte, vgl. ROHG. XXI S. 264 f. Petrazycki a. a. O. S. 77 ff. und 226 hat überzeugend dargelegt, wie unlogisch die herrschende Lehre eine Vergütung nur bei Verwendung fremden Geldes zuerkennt. Die Steuergesetzgebung hat längst den „Mietwert" des eigenen Gebrauchs als Einkommen erkannt (s. z. B. § 159 Ges. v. 25. Oktober 1896, RGBl. N. 220). Für die Vergütung des sine causa genossenen Gebrauchswertes aber kann ein Analogon im ABGB. § 1431 gefunden werden (Anspruch auf „angemessenen Lohn" für indebite geleistete Dienste).

[30] Der Satz ist, wie für das gemeine (s. nur Dernburg P. II S. 322, vgl. auch § 668 BGB. und Art. 1996 Code civ.), auch für das österreichische Recht allgemein anerkannt — s. Zeiller III S. 283, Nippel VII S. 77, Unger in Haymerls Vierteljahrschrift XIV S. 120, Randa Zur Lehre von den Zinsen S. 18, Krainz II S. 287 N. 8, Sághy S. 303 f., Grünhut S. 243 f., Slg. N. F. 2249 — bedarf aber doch noch tieferer Begründung (im Zus. 2); mit dem Hinweise auf die Schadenersatzpflicht des Mandatars, wie bei Winiwarter IV S. 218, Stubenrauch II S. 231, Hasenöhrl I S. 299, ist eine solche jedenfalls noch nicht gegeben. Vgl. dagegen Isay S. 120, auch Troplong Nr. 498. Wenn die Verwendung des anvertrauten Geldes eine dolose ist, so haftet der Mandatar allerdings aus diesem Titel für volle Genugtuung, auch über die Vergütungszinsen hinaus; vgl. unten S. 584.

[31] Zeiller III S. 283, PrLR. I 13 § 64, Monroy a. a. O. S. 116 f. und 159, Ihering a. a. O. S. 19 und Jahrb. f. d. Dogm. XVI S. 282 f., Crome II S. 616 N. 30. Vgl. auch oben S. 534.

[32] Ihering a. a. O. S. 58 ff. und 73 f., Unger Handeln auf fremde Gefahr S. 34.

[33] So auch Dernburg Pr. R. II S. 525 N. 34, Petrazycki a. a. O. II S. 254, Troplong Nr. 419 und

Titel des Verschuldens — denn er hat keinen Schaden erlitten; auch nicht aus dem Titel ungerechtfertigter Bereicherung des Gegners — denn diese Bereicherung ist nicht auf seine Kosten erlangt;[34] und nicht unter dem Titel der Fruchtrestitution — denn soweit jener Gewinn über den normalen Zinsenertrag hinausgeht, ist er kein lucrum ex re domini.[35] Es wäre aber auch überhaupt schwer einen Grund dafür zu finden, daß der Auftraggeber diesen mit seinem Auftrag in keinerlei Zusammenhang stehenden Gewinn einstreiche, so daß schließlich der Vertrauensmißbrauch seines Machthabers zu einem Glücksfall für ihn würde. De lege ferenda würde daher vielleicht nur eine Art Exception oder Konfiskation solchen unwürdigen Gewinnes befriedigen; in Ermangelung einer positiven Norm de lege lata aber eine solche etwa aus der Analogie der Vorschrift des § 1013 abzuleiten, dürfte kaum angehen.[36]

Zu a) und b) umfaßt die Herausgabepflicht zugleich die Haftung für gehörige Obsorge (custodia) über das zu restituierende, daher Haftung des Mandatars für Ersatz[37] bei kulposem Verlust, nicht aber für Zufall.[38] Wird das Ergebnis seiner Geschäftsbesorgung

502; so war auch in dem von Heyßler GZ. 1852 Nr. 105 besprochenen Falle bezüglich des Lotteriegewinnes zu entscheiden. Das bestechende Argument Hermogenians (L. 52 D. de H. P. 5, 3), es sei alles herauszugeben „ne honesta interpretatio non honesto quaestui locum possessori faciat", kann doch wohl nicht entscheiden, vgl. auch oben N. 27.

[34] Anders Stammler Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1903) S. 28.

[35] Frucht des verwendeten Geldes, lucrum ex re, sind die oben erwähnten Vergütungszinsen (siehe Petrazycki a. a. O. S. 328), aber auch nur diese. Was darüber hinausgeht, ist entweder Ertrag aus hinzugetanem eigenem Kapital des Gestor oder Unternehmergewinn aus dessen eigener (wenngleich pflichtwidrigen) Tätigkeit. Daß der Mandatar ersteres dem Mandanten nicht zur Verfügung zu stellen hat, lehrt § 1014 (siehe unten § 85 Z. 1, a); dasselbe gilt aber auch von letzterer, soweit sie eben über das ihm aufgetragene Geschäft hinausgeht. Von einer Aneignung dieses Geschäftserfolges durch Ratihabition des Mandanten kann daher keine Rede sein (so weit richtig Heyßler a. a. O. S. 415), ebensowenig aber unter dem Titel des Schadenersatzes, da es ja nicht das aufgetragene Geschäft ist, welches der Mandatar statt für den Machtgeber für sich selbst abgeschlossen hat (wie oben § 78 N. 24), sondern ein ganz anderes.

[36] Abgesehen davon, daß extensive Auslegung einer Konfiskationsvorschrift schon an sich sehr bedenklich schiene, auch deshalb, weil der Verfall nach § 1013 (s. oben S. 535 f.) von dem Willen des Mandanten abhängen soll, was die ganze Maßregel in dem hier vorliegenden Falle unpraktikabel machen müßte.

[37] Dieser Ersatzanspruch des Mandanten kompensiert sich mit etwaigen Impensenansprüchen des Mandatars; daß letzterer durch die begangene culpa schlechthin alle Regreßansprüche verliere, ist eine jedenfalls vom Standpunkte des ABGB. nicht haltbare Ansicht, über welche zu vgl. Tuhr a. a. O. S. 71 f. Siehe noch unten S. § 88 Z. 3.

[38] Siehe § 1014 und unten § 86. Eine besondere gesteigerte Haftung des Mandatars für ihm anvertraute Sachen (Bruckner D. custodia S. 227 ff.)

durch Kasus vereitelt, so beschränkt sich die Verpflichtung des Mandatars — im Sinne § 1447 — auf die Abtretung der etwa infolge eben derselben Tatsache in seinen Händen gebliebenen oder entstandenen Vorteile, des sogenannten „stellvertretenden commodum",[39] so namentlich die Zession der ihm daraus etwa gegen dritte erwachsenen Ansprüche.[40]

Gleichfalls nach allgemeinen Grundsätzen ergibt sich die Haftpflicht des Mandatars für Verzug in der Herausgabe.

Wie ein Verwahrer hat endlich der Mandatar das ihm anvertraute Gut „mit allem Zuwachs" (§ 961), d. i. namentlich mit allen Früchten zurück-, bezw. herauszugeben.[41] Was letztere betrifft, kann

kann für das österreichische Recht gewiß nicht behauptet werden. Was die Frage betrifft, ob der Mandatar verpflichtet sei, die ihm „anvertraute Sache mit Aufopferung seiner eigenen zu retten", dürfte der Grundsatz (s. oben S. 304 f.) des § 964 wie für den Depositar gelten; vgl. Guillouard p. 425.

[39] Vgl. über diesen Begriff namentlich Mommsen Erörterungen I S. 76 ff., § 281 d. BGB., Titze Die Unmöglichkeit der Leistung S. 114 ff., welcher mit Recht hervorhebt, die natürliche Auffassung sei in solchen Fällen die, daß die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung eben nicht das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge habe. Über den geringen Wert der Unterbringung dieser Erscheinungen unter das allgemeine Prinzip der „Surrogation" siehe Waller Surrogation (1904) namentlich S. 22, 55 und 110 f. — Nicht hieher gehört der Fall, wenn der Beauftragte das Geschäft statt für den Auftraggeber für sich selbst gemacht hat; da liegt zuerst Nichterfüllung vor und daneben ein eigenes negotium des Mandatars, nicht aber kann man sagen, es sei durch letzteres die erstere unmöglich geworden. Abtretung des Geschäftserfolges könnte daher nur unter dem Titel des Schadenersatzes, und dies nur unter Voraussetzung eines Verschuldens, begehrt werden (vgl. oben § 78 N. 24). — Ebensowenig zählt es als „stellvertretendes commodum", wenn der Mandatar den vom Mandanten angestrebten Erfolg für seine Person auf lukrative Art erlangt, z. B. die von ihm für den Auftraggeber zu kaufende Sache vom Dritten geschenkt bekommen hat. Nur ist zu unterscheiden: War es ihm möglich, den gleichen Vorteil zu Gunsten des Mandanten zu erreichen, so hat er denselben einfach nach § 1009 diesem abzugeben (vgl. oben S. 533 f. und 564); anderenfalls — der Dritte wollte eben nur ihm für seine Person eine Liberalität erweisen, die er dem Mandanten verweigert hätte — ist er für die Nichterfüllung des Auftrages nicht haftbar, da ihn kein Verschulden trifft, aber auch nicht im Besitze eines „stellvertretenden commodum", weil die Erfüllung nicht durch die Tatsache der ihm zugewendeten Liberalität unmöglich gemacht wurde, er erscheint daher nur — dies aber allerdings — seiner Treuepflicht gemäß gehalten, die Sache dem Mandanten gegen den Preis, den dieser an den Dritten zu entrichten gehabt hätte, zu überlassen. Vgl. L. 10 § 13 D. h. t.

[40] Vgl. Jhering a. a. O. S. 41 ff. und 54. — Anderseits wird dem Mandatar mit Rücksicht auf seine Haftung eigenes Interesse und daher ev. Klage in eigenem Namen gegen den Dritten nicht zu versagen sein, vgl. Slg. 538, 1728 und 4673.

[41] Trotz der Regel des § 913, daß ein „bloß persönliches Recht noch keinen Anspruch auf Nebengebühren" gebe; denn es handelt sich hier um „Restitutionsansprüche", für welche gemäß § 1437 die Normen der §§ 330 und 335 anzuwenden sind. Vgl. Petrazycki a. a. O. S. 33.

seine Verpflichtung aber auch weiter gehen als die des Depositars.[42] Denn sein Auftrag kann, ausdrücklich oder stillschweigend, dahin lauten, das vom Mandanten oder für diesen Empfangene nicht bloß zu verwahren, sondern auch nutzbar zu verwerten, so daß er, bei schuldbarer Vernachlässigung, nicht bloß für bezogene, sondern auch für zu beziehende und tatsächlich nicht bezogene Früchte aufzukommen hat.[43]

Soweit Geld in Frage kommt, bedeutet das Gesagte, daß der Mandatar je nach Umständen Verzugszinsen oder bezogene Zinsen oder versäumte Zinsen oder auch Vergütungszinsen zu entrichten hat.[44]

Zusatz 1. Über das Wesen des **fiduziarischen Geschäfts**, dessen Bedeutung ja weit über das Gebiet des Mandates hinausragt,[45] dürften hier nur wenige Bemerkungen am Platze scheinen, aber vielleicht auch nicht überflüssig, weil mancher schon die bloße Erwähnung eines „fiduziarischen" Bevollmächtigungsvertrages auf dem Boden des ABGB. für rechtfertigungsbedürftig halten mag.[46] — Das Charakteristische dieser fiducia besteht darin, daß formell Eigentum oder sonst ein Recht, namentlich eine Forderung, durch Tradition, bücherliche Übergabe, Zession oder Indossament, übertragen wird, jedoch „zu treuer Hand", d. i. mit der Vereinbarung, daß der Empfänger sein Recht lediglich im Interesse des Übergebers behalten und verwenden und nach Erfüllung dieser Aufgabe seinerzeit an letzteren zurück übertragen solle.[47] Trotz des sprechenden Zeugnisses der Geschichte des

[42] Daß überhaupt nicht überall, wo eine Verwahrungspflicht besteht, ein selbständiger Verwahrungsvertrag angenommen werden darf, siehe oben S. 292. Vgl. schon Treitschke a. a. O. S. 38 f. und L. 8 pr. D. h. t.

[43] Dazu vgl. Petrazycki a. a. O. S. 65 f., Troplong Nr. 431.

[44] Näheres über diese verschiedenen Arten (die zum Teil schon Buchner S. 87 ff. scheidet) unten im Zusatz 2. Die zuletzt genannten drei Arten können auch Zinsen von angelegten oder anzulegen gewesenen oder verwendeten Zinseneingängen, in diesem Sinne also „gesetzliche Zinseszinsen" umfassen (vergleiche Petrazycki a. a. O. S. 218 ff.); § 3 Gesetz vom 14 Juni 1868, Nr. 62 RGBl., steht dem nicht entgegen. Vgl. Guillouard p. 452.

[45] Aus der einschlägigen Literatur siehe namentlich Regelsberger Arch. für die ziv. Praxis LXIII S. 173 ff., A. Schultze Jahrb. f. d. Dogm. XLIII S. 1 ff., Goltz Die fiduziar. Rechtsgeschichte (1901); für das röm. Recht Ortmann D. fiducia (1890). Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich, ihrem Zwecke gemäß, auf die fiducia zu Geschäftsführungszwecken.

[46] Für das österr. Recht ist die Frage von unseren Schriftstellern wenig beachtet, Hasenöhrl II S. 188 N. 73 berührt die „Zession fiduciae causa" gerade anläßlich eines Falles, dessen Subsumtion unter diesen Gesichtspunkt recht zweifelhaft ist. Für das deutsche bürgerliche Recht wird, trotz mancher Zweifel über die Wirkungen im einzelnen, an der Zulässigkeit und Wirksamkeit der fiduziarischen Rechtsübertragung nicht gezweifelt, siehe Matthiaß I S. 226 f., Crome I S. 333 f., Cosack I S. 207 f., Endemann I S. 286, Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 304, Kohler I S. 493.

[47] Vgl. Schultze a. a. O. S. 1 ff., Regelsberger Pand. I S. 78: „Der

römischen wie des deutschen Rechts,[48] hat man gegen dies Institut Bedenken rege gemacht — 1. vom Standpunkte der Grundsätze der dinglichen Rechtsübertragung.[49] Der Zweck und die juristische Form, Wahrung lediglich der Interessen des Gebers und eigenes Vollrecht des Nehmers, seien hier im Widerstreit. Eines von beiden könne nicht ernst gemeint sein. Im Gebiete des gemeinen Rechts oder auch des deutschen BGB. ist diesem Einwand leicht begegnet mit dem Hinweis auf die abstrakte Natur der Tradition und der Auflassung wie der Zession.[50] Wenn und weil im Falle der fiducia, gleichviel zu welchem Zwecke, die Rechtsfolge des Eigentumsüberganges ernstlich gewollt ist — und gewiß trifft dies hier im Gegensatze zum simulierten Rechtsgeschäfte zu[51] —, geht Eigentum über.[52] Damit ist es

---

Rechtsträger ist hier ein anderer als der Interessenträger". Dagegen freilich Schloßmann a. a. O. II S. 381 ff.

[48] Der von Schultze a. a. O. S. 9 f. und Gierke Enzyklopädie I S. 452 scharf hervorgehobene Gegensatz zwischen römischer fiducia (vollwertiges dingliches Recht des Fiduziars und lediglich obligatorische Gebundenheit gegenüber dem Geber) und der germanischen Treuhänderschaft (zugleich dinglich beschränkte Rechtsmacht des Treuhänders) interessiert hier weniger, wo nur das Obligationsverhältnis zwischen Machtgeber und Machthaber das Thema der Untersuchung bildet. Nur so viel möchte ich andeuten: Solche „germanische" Treuhänderschaft erscheint gewiß auch dem ABGB. nicht undenkbar; denn unter dem Schutze des Publizitätsgedankens (welchen Schultze a. a. O. S. 13 und 16 ff. mit Recht als den treibenden Gedanken bezeichnet) kennt das ABGB. dinglich wirksame Eigentumsbeschränkungen (§§ 443 und 468). Soll nun aber die fiduziarische Auflage als Resolutivbedingung (§ 709) diese dingliche Wirkung äußern, so muß der Zweck der Übereignung im konkreten Falle ausdrücklich (§ 901) auch nach außen hin erklärt, bezw. bei Liegenschaften im Grundbuche eingetragen sein (§ 468). An und für sich kann daher — und davon ist auch im Text ausgegangen — der fiduziarischen Rechtsübertragung regelmäßig nur die „römischrechtliche" Wirkung beigelegt werden: Vollrecht des Empfängers und daneben persönliche Haftung gegenüber dem Geber.

[49] Siehe darüber Goltz a. a. O. S. 3 ff.

[50] Das deutsche BGB. huldigt bekanntlich dem „großen Grundsatze der Unabhängigkeit des sogenannten dinglichen Rechtsgeschäfts von der obligatorischen causa": D. Mot. II S. 3.

[51] Über den Gegensatz zwischen simuliertem und fiduziarischem Geschäft ist man so ziemlich einig, vgl. nebst den oben N. 46 Zitierten RÖHG. VI S. 57 ff, Regelsberger Pand. I S. 518 f., Kohler Jahrb. f. d. Dogm. XVI S. 150, Schultze a. a. O. S. 50 N. 7, Goltz a. a. O. S. 13, Schneider Treu und Glauben S. 161 N. 230, dagegen aber wieder Schloßmann a. a. O. II S. 610 N. 1. Die französische Theorie spricht bezüglich des „prête-nom" (vgl. oben N. 15) gerne von Scheinrechten („titre apparent", „droits apparents", „maître apparent"), Troplong Nr. 43, Le Jolis p. 406, Guillouard p. 335. — Ein Gegenstück zu (wirklich) simulierter Eigentumsübertragung, wie Slg. N. F. 1427, bildet die Simulation einer Bevollmächtigung statt Übereignung, Slg. N. F. 1732, vgl. auch den Fall bei Guillouard p. 343 s.

[52] Goltz a. a. O. S. 12 f. Dreyer Beitr. z. Erl. d. deutsch. R. XL S. 449 f. Auch Crome I S. 333 sucht die „Anknüpfung an die abstrakten Rechtsgeschäfte". Höchst interessant ist übrigens, zu sehen, daß auch die römischen Klassiker die „fiducia" nur an die formale Eigentumsübertragung durch mancipatio oder in jure cessio anschließen, nicht aber die traditio, welche nur dann „dominium transfert, si aliqua justa causa praecesserit": L. 31 pr. D. de A. R. D. 41, 1, eine Pandektenstelle, die erst durch die von Lenels Scharfblick (Ztsch. der

sehr wohl vereinbar, daß gleichzeitig eine obligatorische Vereinbarung über das Gebaren mit dem übereigneten Gegenstande und dessen eventuelle Rückübertragung getroffen werde. Für die am häufigsten erörterte Gruppe einschlägiger Fälle, das Vollgiro eines Wechsels zu Inkassozwecken[53] und ähnliche, kann diese Argumentation auch nach österreichischem Rechte gelten. Als Formalakt hat das Indossament, wie etwa die römische mancipatio, seine gesetzliche Wirkung ohne jede Rücksicht auf eine zu Grunde liegende causa.[54] Rechtsübertragung und persönliche Verpflichtung des Empfängers gehen daher naturgemäß unabhängig von einander ihre Wege. Nicht so einfach aber liegt die Sache für die Eigentumsübertragung an Mobilien und Immobilien oder die gemeine Zession von Forderungen; denn diese will das ABGB., richtiger Ansicht nach, als Kausalgeschäfte behandelt wissen.[55] Nicht die Übergabe als formeller Akt bewirkt den Rechtsübergang, sondern nur die Übergabe, hinter der ein „Eigentumstitel" steht, d. i. ein wirtschaftlicher Zweck, der unbeschränkte Verfügungs- und Nutzungsmacht im Interesse des Empfängers fordert. Da drängt sich in der Tat die Frage auf: Kann Geschäftsbesorgung für den Übergeber einen „zur Übernahme des Eigentumes hinlänglichen Titel" (§ 1461) abgeben?[56] Aber diese Frage ist, meine ich, nicht unbedingt zu verneinen. Allerdings bedeutet Übergabe einer Sache zur Geschäftsbesorgung regelmäßig nur Überlassung zur Innehabung im fremden Namen, deren rechtliche Sanktion daher nicht Eigentum des Beauftragten. Geht aber doch einmal die Geschäftsabsicht der Kontrahenten davon aus, daß ihr Zweck nur zu erreichen sei, wenn die Person des Geschäftsherrn für die Außenwelt völlig verschwinde, und daß sein Vertrauensmann seinen Interessen nur so und dadurch diene, daß er mit der Freiheit und der Sicherheit eines selbständigen Eigenberechtigten auftritt,[57] so ist das — da an sich nichts Unerlaubtes oder Unsittliches darin zu finden ist[58] — auch „Rechtsgrund" genug für den Eigentumsübergang durch diese Tradition, einen Eigentumsüber-

Sav.-Stift. III S. 114 f.) aufgedeckte Beziehung zur fiducia zu ihrem Rechte kommt. — Zu ähnlichen Ergebnissen, aber mit anderen Argumenten, gelangt auch Örtmann a. a. O. S. 75 ff.

[53] Über die verschiedenen Ansichten s. Goltz a. a. O. S. 36 ff., dann Schultze a. a. O. S. 46 ff., Werthauer Grünhuts Ztschr. XIII S. 586 ff.

[54] Ebenso macht ihrer Natur nach auch die Übergabe echter Inhaberpapiere, ohne jede Rücksicht auf die causa, den Empfänger zum Gläubiger aus eigenem Rechte, vgl. Kohler a. a. O. S. 114 f., siehe auch § 1393 a. E.

[55] Siehe Strohal Die Giltigkeit des Titels (1891) S. 15 ff., Schey GZ. 1902 S. 95, bezüglich der Zession Hasenöhrl II S. 188 N. 72.

[56] Vgl. auch Lenel a. a. O. S. 114 und Bechmann Der Kauf I S. 292 f., Enneccerus I S. 345 N. 3, Schöninger Die Leistungsgeschäfte S. 152 ff.

[57] Vgl. Cosack I S. 207 f.

[58] Anders natürlich, wo das Ziel der Eigentumsübertragung eine fraudatio legis ist (vgl. § 1071 a. E.), s. dazu Regelsberger a. a. O. S. 173 f., Hellwig Archiv für die ziv. Praxis LXIV S. 371 und 375, Kohler a. a. O. S. 143 ff.: „Zu lauteren oder unlauteren Zwecken" ist das fiduziarische Geschäft ein Mittel, Schneider a. a. O. S. 161.

gang, als dessen causa man geradezu die „fiducia" bezeichnen mag.[58a] Und falls diese Auffassung noch einer Stütze aus dem Gesetzeswortе bedarf, so kann sie sich mit Fug darauf berufen, daß zweifellos auch das ABGB. Fälle eines Eigentumserwerbs kennt, dessen Zweck nicht ist, daß der Erwerber „willkürlich darüber verfügen könne".[59] Gedenkt doch § 468 eines „zeitlichen" oder resolutiv bedingten und § 613 eines „eingeschränkten Eigentumsrechtes".[60] Es ist nun aber — 2. vom Standpunkte des Bevollmächtigungsvertrages gefragt: Kann man kraft eigenen Rechts und in eigenem Namen, und dennoch ein fremdes Geschäft führen?[61] Ein Blick auf Rechtsverhältnisse, wie das der römischen adstipulatio, die gewiß in Gestalt aktiver Korrealität auch dem heutigen Rechte nicht fremd ist,[62] oder die Stellung des Testamentsvollstreckers,[63] genügt, um dies Bedenken zu zerstreuen. — 3. Oft wiederholt ist endlich ein Einwand speziell gegen fiduziarische Forderungsübertragung vom Standpunkte des Drittschuldners. Gegen diesen soll der Fiduziar-Gläubiger die Forderung aus eigenem Rechte geltend machen; muß ihm der Schuldner nicht entgegenhalten können, daß ihm jedes eigene Interesse an dem Anspruch fehle, in fremdem Interesse könne er nur als Stellvertreter auftreten, gerade diese Rolle aber lehne er ausdrücklich ab,[64] kurz: exceptio doli (generalis)?[65] Es wird nun meines Erachtens wirklich Fälle geben, wo in der fiduziarischen Forderungsübertragung nichts weiter verborgen ist, als eine Kollusion von Zedenten und Zessionar (bzw. Indossanten und Indossatar) zum Schaden des Schuldners: dann ist allerdings exceptio doli (specialis) begründet.[66] Davon abgesehen und so ganz allgemein läßt sich aber nicht behaupten, daß der Schuldner gegen solche Zession Einsprache zu erheben befugt wäre. Um davon zu schweigen, daß die Einrede mangelnden Interesses des Klägers überhaupt auf schlüpfrigen Grund führt,[67] so gilt alles, was oben zu 1

[58a] Vergleiche über derartige causae fiduziarischer Eigentumsübertragung die Entsch. DRG. N. F. XII S. 389.

[59] So charakterisiert § 983 (vgl. oben S. 15 f.) die causa credendi als Eigentumstitel (§ 1461).

[60] In beiden Fällen eine Einschränkung mit dinglicher Wirkung siehe oben N. 48; umsoweniger läßt sich die Möglichkeit einer Übereignung mit gleichzeitiger obligatorischer Beschränkung des Empfängers bezweifeln.

[61] Siehe z. B. Ladenburg Archiv für Handels- und Wechselrecht XXIX S. 33 ff.

[62] Vgl. Krainz II S. 23, Stubenrauch II S. 72.

[63] Trotz der Fassung des § 816 meine ich, daß auch im Sinne des ABGB. der Testamentsvollstrecker in eigenem Namen kraft des ihm verliehenen Amtes handelt, vgl. Strohal Das deutsche Erbrecht (2. Auflage) S. 162 ff. Mit seiner Bezeichnung als „Machthaber" (Unger Erbrecht S. 123 N. 7) ist nur sein Pflichtenkreis als Treuhänder bezeichnet; vgl. auch Kohler Archiv für bürgl. Recht III S. 256 f.

[64] S. namentlich Stammler Das Recht der Schuldverhältnisse S. 196.

[65] Vgl. Goltz a. a. O. S. 44 ff., und vor allen jetzt Grünhut Wechselrecht II S. 145 ff.

[66] S. Werthauer a. a. O. S. 655 f., Regelsberger a. a. O. S. 189 ff., Goltz a. a. O. S. 68 f. So meint es wohl auch Kohler Jahrb. f. d. Dogm. XVI S. 150 f.

[67] Vgl. Windscheid II § 361 N. 3.

über die Reellität der causa der fiduziarischen Eigentumsübergabe gesagt ist, auch gegenüber dem Schuldner der übertragenen Forderung, und deshalb kann er nichts dagegen einwenden, wenn sein Gläubiger in dieser Weise über die Forderung verfügt.[68] Bei der gemeinrechtlichen Zession wird überdies seine Stellung ohnehin nicht berührt, da ihm die Einreden aus der Person des Zedenten auch gegen den Zessionar erhalten bleiben (§ 1396). — Nach alledem ergibt sich bei der fiduziarischen Übereignung das Doppelverhältnis: Dieselbe causa, welche den Empfänger Eigentum erwerben läßt, begründet zugleich dessen Obligationsverhältnis zu dem Geber. Ist diese causa aber, wie hier vorausgesetzt, die Besorgung eines Geschäfts für den Übergeber, so liegt nicht bloß ein mandatsähnliches Verhältnis, sondern in letzterer Beziehung ein wahrer Bevollmächtigungsvertrag vor.[69] Wenn in diesem Sinne die „innere und äußere" Seite des Vorganges einander entgegengesetzt wurden, so will damit nicht etwa die unklare Vorstellung erweckt werden,[70] daß ein und dasselbe Rechtsverhältnis von zwei Seiten verschieden zu beurteilen sei — nach außen als Eigentum, nach innen als Vollmacht —, sondern es sollen damit zwei nebeneinander bestehende Verhältnisse bezeichnet sein:[71] Das dingliche, welches seiner Natur nach gegen jedermann, also auch gegen Dritte in Betracht kommt, und das Obligationsverhältnis zwischen Übergeber und Übernehmer. Beide berühren sich, wie so oft, nur darin, daß wenn letzterer seine dingliche Rechtsstellung ersterem gegenüber geltend machen wollte, dieser ihm seinen Anspruch aus dem Obligationsverhältnisse mit Erfolg entgegensetzen würde.[72]

Zusatz 2. Die Theorie von den sogenannten **gesetzlichen Zinsen** kann, wie so manche andere, nur zu größerer Klarheit gefördert werden, wenn sie sich entschließt, statt wie bisher auf formaljuristischen, auf wirtschaftlichen Grundbegriffen ihr System aufzubauen. In dieser

---

[68] Vgl. Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 304.

[69] Die Begriffe „Mandatar" (nicht „Stellvertreter"!) und „Fiduziar" schließen sich also nicht aus, wie auch Goltz a. a. O. S. 52 und 72 anzunehmen scheint.

[70] Gegen welche sich mit Recht Stammler a. a. O. S. 194 f., Ortmann a. a. O. S. 162, Schultze ff. a. O. S. 28, Goltz a. a. O. S. 25 f. wenden.

[71] Vgl. Schultze a. a. O. S. 30: „Gewiß ist die Scheidung zwischen innerer und äußerer Seite . . . von großer Bedeutung auch für die Treuhänderschaft. Aber man muß die Trennungslinie richtig ziehen: zwischen der Rechtsmacht des Treuhänders und seinem Schuldverhältnis zum Treugeber hindurch, man darf nicht die Rechtsmacht des Treuhänders selbst quer durchschneiden". Nicht zutreffend scheint es mir aber, daß die moderne fiducia — so Ortmann a. a. O. S. 258 f. — nicht mehr als eigenartige Geschäftsform, sondern als eigene causa „wirtschaftlicher Natur" in Betracht komme.

[72] Vgl. dazu Schneider a. a. O. S. 157 f. — Handelt es sich demnach um zwei Rechtsgeschäfte, so kann auch, falls das eine (die Eigentumsübertragung) etwa schriftlich, das andere (die fiduziarische Beredung) nur mündlich geschlossen wäre, § 887 keine Verlegenheit bereiten; vgl. Regelsberger a. a. O. S. 172.

Richtung werden die Ausführungen Petrazyckis stets lehrreich und verdienstlich bleiben, mag man über einzelne seiner Ergebnisse denken wie man will.[73] Eine Reihe besonderer Normen des Zinsenrechts ist nur so zu verstehen und auf dem Boden eines Gesetzes, das wie das ABGB. nur ganz wenige solche positive Normen enthält, geradezu nur so zu gewinnen. Deshalb sind zur Begründung und näheren Bestimmung der im Texte dieses Paragraphen aufgestellten Sätze[74] betreffend die Zinsenpflicht des Mandatars noch einige Ausführungen geboten, welche, wenn auch von allgemeinerer Tragweite, doch umsomehr an dieser Stelle angebracht scheinen, weil gewisse typische Fälle „gesetzlicher Zinsen" in den Quellen gerade im Zusammenhang mit mandatum und negotiorum gestio zur Entwicklung gelangt sind.[75] — Über die kaum mehr haltbaren Definitionen der herrschenden Lehre, wonach alle Zinsen eine „Vergütung für den entbehrten Genuß"[76] einer geschuldeten Geldleistung sein sollen, kann füglich hinweggegangen werden, da dies von mehr nur theoretischer Bedeutung ist. Folgenschwerer aber ist es, daß diese Lehre weiterhin als grundlegend ansieht die Scheidung nach dem formalen Entstehungsgrund zwischen „vertragsmäßigen" oder rechtsgeschäftlichen und „gesetzlichen" Zinsen, statt des Gegensatzes der wirtschaftlichen Natur (causa) der verschiedenen Zinsenansprüche: Zinsenansprüche einerseits als die Form eines aus der Überlassung eines Kapitals zu fremder Nutzung gewonnenen Einkommens des Kapitalisten („Kreditzinsen"), anderseits

[73] Petrazycki Die Lehre vom Einkommen II (1895) §§ 10 bis 25. Für den hohen Wert dieses Werkes zeugt der Einfluß, den es auf die Darstellung der Zinsenlehre bei Dernburg Pand. (4. Auflage) II §§ 28 ff. geübt hat (während es bei Windscheid-Kipp II § 259 nicht einmal genannt ist!); vgl. auch das Urteil von Ortmann Grünhuts Ztschr. XXIII S. 139 und Leonhard Ztschr. der Sav.-Stift. XIV S. 275. Die ablehnende Haltung von Pernice ebd. XIX S. 82 ff. scheint mir sehr viel an Gewicht zu verlieren, wenn man bedenkt, daß dieser Schriftsteller zu dem merkwürdigen Schluße (S. 139) gelangt, es sei überhaupt „nicht gelungen, im Kredit- und Zinsrechte der Römer unmittelbare Einflüsse besonderer wirtschaftlicher Gestaltungen nachzuweisen".

[74] Namentlich oben S. 571 und 574.

[75] Vgl. dazu Petrazycki S. 135. Ich darf mich an dieser Stelle auf solche Fälle „gesetzlicher Zinsen" beschränken, welche Beziehungen zu dem Gegenstande dieses Kapitels aufweisen, und andere, wie z. B. die sogenannten „Prozeßzinsen", außer Betracht lassen.

[76] Siehe Petrazycki S. 270 ff. (übrigens schon Lotmar Krit. Vierteljahrschr. XXXII S. 529) gegen diese bis auf Dernburg (s. oben N. 73 in den Pandektenkompendien mit geringen Variationen wiederkehrende Begriffsbestimmung, welche Unger Österr. Vierteljahrschr. XIV 1865) S. 117, Randa Zur Lehre von den Zinsen (1869) S. 5, Krainz II § 298, Haidenöhrl I S. 291, (besser Schuster S. 10) für das österreichische Recht rezipiert, aber auch die Darstellungen des neuen deutschen bürgerlichen Rechts nicht aufgegeben haben, siehe Cosack I S. 310, Stammler S. 147, Crome II S. 55 f. (vorsichtiger die Fassung bei Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 43 f. und Endemann I § 122). Vor dem Erscheinen der Arbeiten Petrazyckis habe ich selbst — oben § 18 — mich an diese Definitionen gehalten (doch dürfte dies weniger Bedeutung haben, da dort nur von Vertragszinsen zu sprechen war).

eines Ersatzes für ein zu beanspruchendes Einkommen („Ersatzzinsen“).[77] Daß dieser Gegensatz sich mit ersterem nicht deckt, weil auch dieser Anspruch auf Einkommenersatz ein Vertragsanspruch sein kann, hat Petrazycki mit Recht betont.[78] Man wird hinzufügen dürfen, daß auch wohl umgekehrt „Kreditzinsen“ ex lege geschuldet sein können.[79] Was nun insbesondere die sogenannten gesetzlichen Zinsen betrifft, so wird der nicht ganz unzweideutige Ausdruck von unseren Schriftstellern zumeist gebraucht, um Fälle zu bezeichnen, wo die Zinsenschuld „aus dem Gesetze“, entspringt, d. h. — in ähnlicher Weise wird ja von „gesetzlichem Pfandrecht“, „gesetzlicher Erbfolge“, „obligatio ex lege“ gesprochen — aus einem nicht rechtsgeschäftlichen Tatbestande,[80] an welchen ein spezielles Gesetz diese Wirkung knüpft, die ihm nach allgemeinen Grundsätzen nicht zukommen würde. Damit erscheint jeder einzelne Fall einer „gesetzlichen“ Zinsenpflicht als durchaus positivrechtlicher Natur:[81] die theoretische Darstellung könnte die Fälle nur aufzählen, schwerlich aber allgemeine Gedanken finden. Begreiflich, daß bei dieser Auffassung als Bindeglied der verschiedenen Fälle zuletzt die gesetzlich bestimmte Höhe der Zinsen („gesetzliche“ Zinsen in diesem Sinne)[82] übrig bleibt, wodurch wieder der Irrtum veranlaßt ist, daß diese positive Bestimmung des Zinsfußes für alle jene Fälle Geltung haben müsse.[83] Begreiflich aber auch von diesem Standpunkte, daß für das ABGB., welches ausdrücklich als „gesetzliche“ nur die Verzugszinsen erwähnt (§ 1333, vgl. § 912),[84] gezweifelt wird, ob und welche gemeinrechtlich aner-

[77] Die Terminologie ist Petrazycki S. 263 entnommen, wenngleich ich seine Auffassung nicht in allen Einzelheiten billigen kann, vgl. unten Z. 4 und N. 79.

[78] Petrazycki S. 265 f.; vgl. aber auch schon Brinz II S. 119 f.

[79] S. unten zu Z. 4 und 5, auch N. 128. Auch die „gesetzlichen Zinsen“, welche nach § 8 Gesetz vom 28. Mai 1881, RGBl. 47, bei Annullierung eines wucherischen Geschäftes der Kreditnehmer zu entrichten hat (vgl. oben § 19 N. 55), sind nur als Entgelt ex lege für den gewährten Kredit zu erklären, nicht aus der „ungerechtfertigten“ Bereicherung, da dem Schuldner in diesem Falle wohl nicht mala fides zugerechnet werden kann — vgl. unten S. 589.

[80] Daß derartige Ansprüche jedenfalls nicht „unmittelbar aus dem Gesetze“ entspringen — so noch Zeiller III S. 256, Rippel VI S. 272 — bedarf heute keiner weiteren Ausführung; vgl. Hasenöhrl I S. 296 N. 26.

[81] Vgl. D. Mot. II S. 16: „Die Verpflichtung zur Zinszahlung . . . muß besonders begründet sein durch Rechtsgeschäft oder durch eine positive Gesetzesvorschrift“. — Randa a. a. O. S. 9 ff. versucht eine systematische Ordnung, die aber nicht befriedigen kann; s. dagegen Petrazycki S. 126 ff.

[82] Siehe Randa a. a. O. S. 16.

[83] S. z. B. Hasenöhrl I S. 300 f., Krainz II S. 16.

[84] Besondere weitere Arten gesetzlicher Zinsen ergibt im ABGB. nur etwa noch § 514, siehe unten N. 128 und § 685; die praktische Spitze der letzteren Bestimmung, wonach „fromme“ Vermächtnisse „sogleich“ nach dem Tode fällig sind, liegt in dem Zinsenanspruch des Legatars (vgl. die Entsch. bei Manz § 685 N. 2) und doch wird man nicht ernstlich behaupten können, wie etwa Krainz II S. 136 N. 8, daß der Erbe schon vom Todestage des Erblassers an, bevor er vielleicht von der Vermächtnisanordnung eine Ahnung hat, in mora sei, vgl. Windscheid

kannten Fälle „gesetzlicher" Zinsen sonst auch hier bestehen."[55] Deshalb muß der Frage näher getreten werden, in welchem Sinne eigentlich Zinsen „aus dem Gesetze gebühren" (§ 995), und was das positivrechtliche Element der „vom Gesetze bestimmten Zinsen" (§ 1333) ist. Zu diesem Behufe kann ich mich an die von Petrazycki unterschiedenen Gruppen halten, die ja immerhin auch in den Übersichten der üblichen Darstellungen des österreichischen Rechts zum Vorschein kommen.[56] — 1. Bezüglich der **Verzugszinsen** ist man darüber einig, daß sie nur ein Ausfluß des allgemeinen Rechtssatzes sind, vermöge dessen der Gläubiger bei mora des Schuldners Schadenersatz zu fordern befugt ist,[57] und daß, soweit Geldschulden in Frage, gleichfalls schon nach allgemeinen Grundsätzen dieser Ersatz in der Vergütung des Entganges der Zinsen zu bestehen hat, die der Gläubiger durch Anlegung des ihm vorenthaltenen Kapitals hätte gewinnen können. Für das klassische römische Recht war da gar nichts Singuläres. Daß der Schadenersatz sich auf jedes lucrum cessans erstreckte, war dort selbstverständlich; desgleichen, daß dies Interesse mit den landesüblichen Zinsen vergütet werde, als dem prima facie wahrscheinlichen Gewinn[58] des Gläubigers, aber eben deshalb auch, daß der Gegenbeweis eines größeren oder geringeren Interesses an der rechtzeitigen Zahlung zuzulassen war. Ganz anders, wenn das ABGB. (§ 1333, bzw. § 995 und jetzt § 2 Gesetz vom 15. Mai 1885, RGBl. Nr. 77) dem säumigen Schuldner ein für allemal den Ersatz nach einem festen Zinsfuß (dermalen 5%) auferlegt.[59] Die durchaus positive Natur dieser Norm wird von unseren Schriftstellern nicht verkannt. Aber das Positive erblickt man nur in der Ziffer des gesetzlich fixierten

P. II S. 124. Dagegen gehört nicht hierher § 947, der eine Renten-, keine Zinsenschuld statuiert, vgl. Hasenöhrl I S. 300 N. 36.

[55] Vgl. Unger a. a. O. S. 120 N. 3. Daher auch die Bedenken gegen „gesetzliche Zinseszinsen", wo kein Gesetz ihrer ausdrücklich gedenkt; vgl. Hasenöhrl I S. 298, Randa a. a. O. S. 22 f., dagegen oben N. 44.

[56] Unger a. a. O. S. 119 f. N. 3, Randa a. a. O. S. 14 ff., Krainz II § 298, Sághy S. 300 ff. In der neuesten Auflage folgt auch Krainz-Ehrenzweig II S. 15 f. mehr der Systematik von Petrazycki.

[57] Die Streitfrage, ob Verzug des Schuldners kulpose Verzögerung voraussetze vgl. darüber neuestens Unger Grünhuts Ztschr. XXXI S. 119 N. 39, kann dabei aus dem Spiele bleiben.

[58] Daß man bezüglich des lucrum cessans niemals „absolute Gewißheit" fordern kann, hat bereits Sintenis II § 86 N. 21 S. 73 hervorgehoben.

[59] Während der bekannte Reichsdeputationsabschied v. Jahre 1600 § 139 mit der Normierung der 5% Verzugszinsen scheinbar vergleiche dazu Behrend Ztsch. der Sav.-Stift., germ. Abt. I S. 85 ff. nur „die Parteien in puncto liquidationis des langweiligen Prozeß enthoben" haben wollte, lautet die Vorschrift des § 1333, wie die des Art. 1153 Code civ. kategorisch: „Der Schade, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des schuldigen Kapitals zugefügt hat, wird durch die von dem Gesetze bestimmten Zinsen vergütet (§ 995)". Insoweit sind die unten N. 90 angeführten Schriftsteller im Rechte, wenn sie § 1333 als durchschlagenden Rechtssatz ansehen; siehe aber unten S. 584.

Ersatzes: und daran wird dann nur die Frage geknüpft, ob dem Gläubiger wie nach römischem, so nach österreichischem Rechte gleichwohl noch der Nachweis eines weitergehenden Interesses offen gelassen sei.[90] Über ein anderes Bedenken aber geht man stillschweigend hinweg: Wenn der Satz über die Verzugszinsen wirklich bedeutet, daß der Schuldner schlechthin für die vereitelte Möglichkeit eines Gewinnes des Gläubigers aufzukommen habe, so besagt er, obgleich § 1333 das mit keinem Worte andeutet, eine auffallende Singularität gegenüber dem Grundsatze des § 1324, wonach für lucrum cessans nur bei dolus oder culpa lata gehaftet wird. Gerade dieser Punkt hätte in erster Linie Beachtung verdient; denn er enthält auch den Schlüssel zum Verständnis der Bedeutung der gesetzlichen Festsetzung der Höhe des Interesseersatzes. In Wahrheit nun verschwindet jene Singularität, wenn man von folgender wirtschaftlichen Erwägung ausgeht, die gewiß nicht das ihnen bewußte Motiv unserer Kodifikatoren, aber doch die aus der „Natur der Sache" heraus wirkende Kraft bei der Entstehung des Rechtssatzes gewesen ist.[91] Die landesüblichen Zinsen sind das normale Erträgnis des in der Privatwirtschaft verwendeten Kapitals. Darauf rechnet das Subjekt dieser Wirtschaft.[92] Aber dieses Einkommen dient ihm bei geordnetem Wirtschaftsplan, während das Kapital selbst unberührt bleibt,[93] zur Konsumtion, sei es zu persönlichem Verbrauch, sei es zu weiterer produktiver Verwendung.[94] Am

---

[90] Welche Frage allgemein verneint wird, s. die Kommentare von Rippel, Winiwarter, Stubenrauch, Kirchstetter 4. Auflage zu § 1333, Zugschwerdt Das Recht des Schadenersatzes (1837) S. 90, Nußbaumer über das Maß des Schadenersatzes (1855) S. 104, Hasenöhrl I S. 297, Szászy S. 298 f., Randa a. a. O. S. 141.; neuestens auch Krainz-Ehrenzweig II S. 138, Sarl Gell. Zt. VIII S. 142, Strohal Drei Gutachten über die Revision des 30. Hauptstückes S. 166, Pfaff ebd. S. 105 f. N. 311; dagegen unten N. 101. Über, bezw. gegen die Berufung auf das HfD. vom 18. Jänner 1842, Z. 592, siehe jetzt Unger Grünhuts Zschr. XXXI S. 116 N. 29.

[91] Daß „unbewußte Gesetzgebungsweisheit" Leonhard Zschr. der Sav.-Stift. XIV S. 279 unseren Kodifikatoren manchen nicht durch juristische Logik, sondern durch wirtschaftliche Gründe geforderten Rechtssatz eingegeben hat, darf man kühn behaupten, so wie dies selbst Pernice a. a. O. oben N. 73) S. 88 f. auch für die römischen Klassiker gelten läßt. Etwas von jenen Gedanken klingt übrigens aus den, allerdings ziemlich verworrenen, Erörterungen bei Beratung des § 1333, Ofner II S. 200, heraus.

[92] Und das Privatrecht muß — solange es überhaupt auf der Basis kapitalistischer Wirtschaftsordnung steht — die Sicherung dieser Rechnung anstreben.

[93] Bezw. bei Geld, als „umlaufendem Kapital", in dem Erfolge der Wirtschaft reproduziert wird — juristisch ausgedrückt: bei Fungibilien gilt „tantundem" als „idem", siehe oben S. 17 und 25.

[94] Von dem Gedanken, daß „das Einkommen des Menschen seinen Konsumtionsfonds bildet", geht für die Zinsenlehre auch Petrazycki S. 212 aus, ohne ihn jedoch in der im Texte angedeuteten Richtung zu verwerten. — Daß dies, und daher die Folgerung des Textes, nur für den Durchschnitt der bürgerlichen Wirtschaften zutrifft, verkenne ich nicht; die Tendenz zu „sparen" zieht der Konsumtion des Einkommens Schranken — aber, soweit es sich um reinen Kapitalsertrag

Schlusse der Wirtschaftsperiode ist daher regelmäßig eine Vermögensvermehrung durch die Kapitalszinsen nicht vorhanden. Nur was der Eigner des Kapitales über diese Zinsen hinaus erzielt hat, stellt er als Kapitalszuwachs, als „Gewinn" in seine Rechnung ein.[95] Die Kehrseite dieses Verhältnisses aber ist die: Der Schuldner, der mit einer Kapitalsrückzahlung im Verzug ist, entzieht dem Gläubiger insolange das Einkommen der Kapitalszinsen. Das bedeutet dem Gesagten zufolge keinen „Gewinnentgang", sondern die Vorenthaltung von Konsumtionsfonds, praktisch genommen also, daß der Gläubiger inzwischen — soll seine Wirtschaft nicht stocken — für Konsumtionszwecke sein Kapital angreifen muß. Somit ist tatsächlich nicht ein „lucrum cessans" in Frage,[96] sondern ein „damnum emergens", und der Ersatz, den der säumige Schuldner nach § 1333 zu leisten hat, nur „eigentliche Schadloshaltung" im Sinne des § 1323 und nach der allgemeinen Regel des § 1324. Positivrechtlich ist demnach in dem Satze des § 1333 nur: Fürs erste die gesetzliche Feststellung, daß dem Besitze von Geldkapitalien immer und überall ein bestimmtes Einkommen in Gestalt von Kapitalszinsen entspricht, als der natürliche Ertrag „ex re domini";[97] fürs zweite die gesetzliche Bemessung dieses Ertrages mit dem festen Zinsfuße (von 5%).[98] Damit ist die große Tragweite, sind aber auch die Grenzen dieses Rechtssatzes erkannt. Was die Festsetzung der „gesetzlichen Zinsen", u. zw. mit zwingender Kraft, normieren will, ist lediglich der gesetzliche Gebrauchswert von Geldkapitalien.[99] Überall, wo dieser Wert in Frage kommt, als Gegenstand der Vergütung oder des Ersatzes, greift die

---

handelt, in nennenswerter Weise nur bei über das Mittelmaß hinausreichendem Kapitalsbesitz, während die Rechtssätze überall nur eben den Durchschnittsverhältnissen angepaßt werden können.

[95] Eine Bestätigung dieser Auffassung bietet Art. 106 HGB. betreffend die dem Gesellschafter gutzuschreibenden (4%) Zinsen von seinem Anteile: „Vor Deckung dieser Zinsen ist kein Gewinn vorhanden"; vgl. Lastig in Endemanns Handbuch I S. 367 f., Staub-Pisko Komm. S. 313 ff. (das neue deutsche HGB. § 121 hat nun allerdings diese Auffassung verlassen, s. Staub Komm. S. 378). Daß diese „Zinsen" des zit. Art. 106 nicht den „Charakter wahrer Zinsen haben" (Randa a. a. O. S. 6 N. 8) kann nur behauptet werden, wenn man an der üblichen formal-juristischen Definition festhält. — Der Gegensatz zwischen Gesellschaftsgewinn und Einlagezinsen kam auch in dem (aufgehobenen) § 1196 zum Ausdruck.

[96] Vgl. noch unten bei N. 111.

[97] Das hat bereits Savigny System VI S. 133 f. erkannt; vgl. auch Unger Österr. Vierteljahrschr. XIV S. 120 N. 3. — Es ist freilich nicht zu leugnen, daß es, namentlich in Bezug auf den „kleinen Mann" und kleine Summen, auch heute, wie zu Römerzeiten, den Tatsachen nicht überall entspricht, daß jedermann jede Summe jederzeit fruchtbringend verwertet; vgl. Pernice a. a. O. S. 114 und 120, s. aber die Bemerkung oben N. 94.

[98] Gedankenmäßig soll dies stets nur der Ausdruck des landesüblichen Zinsfußes sein (vgl. oben N. 89); mit Rücksicht darauf besteht in der österreichischen Gesetzgebung zur Zeit ein gewisser Zwiespalt zwischen § 153 ED. (der von einem Normalzinsfuß von 4% ausgeht) und dem Gesetz vom 15. Mai 1885, RGBl. 77 (vgl. den Ausschußbericht zu diesem Gesetze JBl. 1885 Nr. 7).

[99] Vgl. Savigny a. a. O. S. 122 und 124.

Regel des § 1333 (995), der „gesetzliche Zins", ein, aber auch nur dort. Mit Erträgnissen, welche darüber hinausgehen und daher nicht Kapitalsnutzung, sondern Kapitalsvermehrung bedeuten, und mit Ersatz- oder Restitutionsansprüchen, deren Gegenstand solche Erträge sind, befaßt die Regel sich überhaupt nicht.[100] Damit, glaube ich, ist ein festerer Boden auch für die weiteren Fälle sogenannter gesetzlicher Zinsen gewonnen, für die Verzugsfolgen aber auch die oben berührte Streitfrage gelöst. Das Gesetz (§ 1333) schneidet allerdings jeden Gegenbeweis in der Richtung ab, daß ein Kapital als solches nach den Umständen der Zeit oder des Ortes höhere oder geringere Zinsen abwerfe. Nicht aber verwehrt es dem Gläubiger die Behauptung, daß ihm durch die mora des Schuldners neben der (positiven) Einbuße an Kapitalszinsen noch ein anderer Verlust zugefügt oder ein Gewinn aus besonderen über jene hinaus ertragreichen Unternehmungen vereitelt sei. Und in letzterer Beziehung bleibt es bei der durch § 1333 gar nicht berührten Grundregel des § 1324: Vermag der Gläubiger darzutun, daß die Verzögerung auf böser Absicht oder auffallender Sorglosigkeit des Verpflichteten beruht, so kann er Ersatz auch dieses weitergehenden Interesses fordern.[101] — 2. **Bezogene Zinsen**[102] kommen nicht als Ersatz, sondern als Gegenstand der Herausgabe-(Restitutions)pflicht[103] in Betracht. Wer kraft irgend eines Rechtsverhältnisses, so vor allem als Geschäftsführer für fremde Rechnung irgend welche Nutzungen tatsächlich eingehoben hat, ist zu deren Ausfolgung an den Geschäftsherrn verpflichtet. Dazu können unter anderem auch Zinsen gehören, die er für den Geschäftsherrn bezogen hat, sei es als Kreditzinsen für ausgetane Kapitalien, sei es als „gesetzlich" von einem Dritten geschuldete Ersatzzinsen. Daß diese Zinsenrestitution nicht auf einem dem Zinsenrecht eigentümlichen Rechtssatze beruht, und daß denn auch deren Höhe nichts mit dem gesetzlichen Maße des Nutzwertes von

[100] Auf einer Verkennung dieses Gesichtspunktes beruht die Polemik von Fleischer JBl. 1885 Nr. 6 gegen die Herabsetzung des gesetzlichen Zinsfußes.

[101] Mit dieser Einschränkung komme ich somit — gegen die oben N. 90 angeführten Schriftsteller — zurück auf die Lehre von Unger a. a. O. S. 120, Grünhuts Ztschr. XXXI S. 115 N. 29 und Krainz (3. Auflage) II S. 145; mit dieser Einschränkung aber auf den Fall von dolus oder culpa lata des Schuldners ist der Satz des Textes m. E. nicht widerlegt durch die Protokolle, auf die sich Pfaff a. a. O. beruft, hingegen findet er eine Stütze im PrLR. I 11 §§ 833 f. (vgl. dazu Koch I S. 121 N. 83), ähnlich Art. 121 schweiz. Obl. R. Im Sinne des ABGB. gibt es also doch „Grade der Mora", entgegen Unger a. a. O. S. 130 N. 7, Hasenöhrl II S. 335. Die Entsch. Slg. 4891 (Vergütung der Kursdifferenz durch den säumigen Schuldner) betrifft nicht (wie Hasenöhrl I S. 297 N. 30 und Staubenrauch II S. 727 N. 2 meinen) die Frage, ob der Gläubiger bei mora debitoris an Schadenersatz mehr als die Verzugszinsen fordern könne, sondern, wie die Gründe des Obersten Gerichtshofes richtig sagen, ob er auch das volle geschuldete Kapital erhalten habe.

[102] Vgl. § 392 (unten S. 588): „gezogene Zinsen". Petrazycki § 12: „Gewonnene Zinsen (usurae perceptae)".

[103] Oben S. 574.

Kapitalien zu tun hat, sondern lediglich von dem tatsächlichen Eingange[104] abhängt, bedarf keiner weiteren Ausführung.[105] — 3. Ähnliches ist von dem Ersatz **versäumter Zinsen**[106] zu sagen. Wer verpflichtet ist, für einen anderen und aus dem Kapital eines anderen gewisse Vorteile zu gewinnen, haftet, wenn er dies versäumt — regelmäßig allerdings nur, wenn er es aus Fahrlässigkeit versäumt[107] — für den Ersatz. Hatte er also, z. B. als Mandatar seinem Auftrage gemäß, Kapitalien zinstragend anzulegen,[108] so besteht dieser Ersatz naturgemäß in der Bezahlung des Betrages, den diese Zinsen ergeben hätten. Den Maßstab dafür kann aber auch hier wieder nicht schlechthin der „gesetzliche" Zinsfuß abgeben, sondern lediglich die Höhe des Zinserträgnisses, welches er im konkreten Falle zu erzielen verpflichtet und im stande war.[109] Von „gesetzlichen Zinsen" sollte daher auch in diesem Falle nicht gesprochen werden. — 4. **Verwendungszinsen** (so können Zinsen genannt werden, die von einem in fremder Sache oder auf fremde Sachen gemachten Geldaufwand zu berechnen sind)[110] kann, wie die allgemeine Lehre lautet, insbesondere auch der Mandatar oder negotiorum gestor beanspruchen. Fast ausnahmslos werden diese „gesetzlichen Zinsen" unter dem Gesichtspunkt eines Ersatzes für den Entgang desjenigen Zinsengewinnes betrachtet, der dem Verwendenden möglich gewesen wäre, wenn er sein Kapital statt im fremden im eigenen Interesse verwendet hätte.[111] Wäre dies zutreffend,

---

[104] Die Frage, ob der Mandatar höheren Ertrag hätte erzielen können, gehört nicht hierher, sondern zu 3. Seine Verpflichtung anderseits, auch die das gesetzliche Ausmaß übersteigenden Zinsen, die er wirklich eingehoben hat, herauszugeben, folgt aus dem Satze (§ 1009), daß er „allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen" hat. Nur für Wucherzinsen, als einem mit unerlaubten Mitteln erlangten Gewinn, kann dies nicht gelten; siehe oben § 77 N. 17.

[105] Mit Recht wird daher auch von der herrschenden Lehre — von ihrem Standpunkte freilich nicht konsequent — dieser Fall nicht unter den „gesetzlichen Zinsen" aufgeführt. Wichtige praktische Folgen der Unterscheidung siehe bei Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 49.

[106] Petrazycki § 14: „Zinsen als versäumtes Einkommen (usurae percipiendae)".

[107] Und erst von der Zeit, von welcher ab ihn dieser Vorwurf trifft, nicht schlechthin von dem Augenblicke des Empfanges der betreffenden Gelder, vgl. Guillouard p. 453 s.

[108] Oder als Vormund gemäß § 235.

[109] Der richtige Grundsatz ist DRG. XVIII S. 196 ausgesprochen. Er gilt aber auch namentlich in dem in der vorigen Note erwähnten Falle, wo die Pflicht des Vormunds zu „pupillarsicherer" Anlegung des Mündelvermögens praktisch zumeist eine Anlegung zu weniger als 5 % bedeutet, wo es somit — vgl. Petrazycki S. 146 und 323 — auf eine Strafe hinauslaufen würde, wollte man ihm bei Vernachlässigung dieser Pflicht schlechthin den Ersatz der „gesetzlichen" Zinsen auferlegen, wie dies nach Randa a. a. O. S. 18, Krainz II S. 16, Unger Österr. Vierteljahrschr. XIV S. 120, Zeiller III S. 283 u. A. anzunehmen wäre.

[110] Petrazycki § 16 spricht von „geopferten" Zinsen, ein Ausdruck, der zu der, wie der Text zeigen soll, nicht zutreffenden Vorstellung eines Ersatzanspruches verleitet.

[111] So Hasenöhrl I S. 299 N. 36, aber auch Tuhr a. a. O. S. 41, Guillouard p. 465 und Petrazycki S. 163 f. Vgl. dagegen unten N. 117.

so stünde die Theorie des österreichischen Privatrechts hier vor derselben Schwierigkeit, welche oben bezüglich der Verzugszinsen erörtert wurde — angesichts der Regel des § 1324. Allein, dem ist nicht so. Eigenes Kapital zu fremdem Nutzen verwenden, heißt dasselbe zeitweilig (denn es ist ja nicht donandi animo verwendet) der Nutzung des anderen überlassen, mit anderen Worten „kreditieren".[112] Die Frage ist nun einfach die: Kann für diese Kreditierung ein Entgelt, in Gestalt von Zinsen, begehrt werden? Nicht „Ersatzzinsen" also, sondern „Kreditzinsen" sind es, um die es sich handelt, aber Kreditzinsen nicht auf Grund Vertrages, sondern „gesetzliche Kreditzinsen."[113] Niemand wird behaupten können, daß ein Anspruch auf solches Entgelt ex lege etwas Unerhörtes wäre: wohl aber muß ein Rechtsgrund für dasselbe erst aus dem besonderen Rechtsverhältnisse ermittelt werden. Es gibt zweifellos Fälle von Impensen, wo ein derartiger Anspruch nicht besteht: so, wenn das Gesetz den Inhaber einer fremden Sache zum Vorschuß von Impensen geradezu verpflichtet, wie dies nach § 981 unter Umständen für den Entlehner gilt.[114] Für den Mandatar hingegen gibt § 1014 die Richtschnur. Er hat nicht nur keinen Aufwand vorzuschießen, sondern im Gegenteil Anspruch auf Vorschüsse von Seite des Mandanten.[115] Vielleicht könnte man geneigt sein, gerade daraus zu schließen, wenn der Mandatar nun gleichwohl freiwillig in Vorschuß gehe, so tue er dies eben unentgeltlich, sowie der negotiorum gestor für seine freiwillige Mühewaltung keine Entlohnung fordern könne. Allein hier greift der oben besprochene kapitalistische Standpunkt ein, der in den Gesetzesnormen der §§ 1333 oder 995 festgelegt ist. Das Gesetz geht davon aus, daß in Bezug auf Geldkapitalien jedermann jederzeit „Geschäftsmann" ist, und so wie dem berufsmäßigen Arbeiter (§ 1004) auch ohne ausdrückliche Vereinbarung den Arbeitslohn,[116] so spricht es jedem, der Kapital zur Verfügung stellt, den Anspruch auf den Kreditpreis zu, d. i. auf die „gesetzlichen" (5%) Zinsen.[117] Ist damit dieser Zinsenanspruch erkärt, so ist auch klar, daß dieser Rechtssatz gar nichts zu tun hat mit Ansprüchen, welche dem Geschäftsführer aus dem davon verschiedenen Rechtsgrund des Schadenersatzes entstehen mögen. Aber

[112] Siehe oben S. 26 und 30 ff.

[113] Vgl. oben S. 580.

[114] Vgl. oben S. 241 f.

[115] Vgl. unten § 85 zu a).

[116] Daher dem Kaufmann für jede Geschäftsbesorgung Provision: Art. 290 HGB.

[117] Der Gedanke klingt deutlich an in Zeillers Komm. zu § 1014 (III S. 291): „. . . weil der Machthaber nur seine Mühe verheißen hat, nicht auch, daß er sein Kapital, welches ihm selbst Nutzen bringen soll, zu fremdem Nutzen verwenden wolle". Wie schwer man sich aber von der Vorstellung, daß es sich dabei um den Ersatz eines lucrum cessans handle, losmacht und wie sich die Anerkennung des Standpunktes erst durchringen muß, zeigt die Auslegung, welche der einschlägigen Norm des PrALR. I 13 § 72 zuteil geworden ist, daß der Mandatar doch nur Zinsen von Summen, „welche nach ihrer Größe geeignet gewesen wären, als Kapital angelegt zu werden", fordern könne; s. Förster-Eccius II S. 369 N. 116, Dernburg Pr. R. II S. 526 N. 6. Vgl. auch unten § 85 N. 34.

dieser kann auch wirklichen Zinsenentgang umfassen. So ist auch für unser Recht nicht zu bezweifeln, daß der Mandatar, der zur Verwendung für die Geschäftsbesorgung eigene Kapitalien heranziehen mußte, die ihm nachweisbar einen höheren als jenen gesetzlichen Zinsenertrag lieferten, diesen höheren Zinsenersatz zu beanspruchen befugt ist:[118] denn der Auftraggeber hat ihm, nach § 1014, schlechthin „allen mit der Erfüllung des Auftrags verbundenen Schaden zu vergüten". In dieser Richtung ist somit durch die gesetzliche Bewertung der Kapitalszinsen keine Grenze gezogen. — 5. Ähnlicher Natur sind endlich die **„Vergütungszinsen"** (so möchte ich diese nennen),[119] welche derjenige zu entrichten hat, der fremdes Kapital unbefugt für sich verwendet, wie insbesondere der Mandatar, der Gelder des Mandanten für sich ausgibt. Ohne Zweifel kann die Verpflichtung, solches Kapital zu verzinsen aus dem Grunde des Schadenersatzes entspringen, und dann wird diese Verpflichtung bei doloser Aneignung vielleicht über das Maß der „gesetzlichen" (5% „) Zinsen weit hinausgehen,[120] wie dies bereits für den Fall des Verzuges ausgeführt ist. Aber gerade die charakteristischen hieher gehörigen Fälle sind unter dem Titel des Schadenersatzes nicht zu verstehen.[121] Wie allseits anerkannt, soll nämlich der Mandatar die für sich verwendeten Gelder des Mandanten verzinsen, auch wenn diese Verwendung bona fide geschah — dann fehlt die Voraussetzung des Verschuldens für eine Ersatzpflicht des Mandatars;[122] und auch, wenn er das verwendete Geld nicht etwa für den Mandanten fruchtbringend anzulegen, sondern unberührt liegen zu lassen hatte — dann fehlt es an der Voraussetzung eines Schadens für den Ersatzanspruch des Mandanten.[123] Wenn also hier eine Zinsenpflicht überhaupt besteht, so kann das nur eine Pflicht zur Herausgabe (Restitution), nicht zum Ersatze sein. So lehrt auch Petrazycki; freilich hält er ein „fingiertes Einkommen" für den Gegenstand dieser Restitution.[124] Dahingestellt, ob eine Fiktion hier für das Verständnis

[118] Wie nach römischem Recht, siehe Petrazycki S. 310; die Frage kann in solchen Fällen nur sein, ob solcher kostspieliger Aufwand zweckentsprechend war, vgl. Petrazycki S. 166, aber auch nach der anderen Seite Demolombe Des contrats VIII Nr. 171: Es entspräche nicht der Treuepflicht des Mandatars, der etwa Kapital zu geringerem als dem gesetzlichen Zinsfuße ausstehen hat, in Vorschüssen für den Mandanten die Gelegenheit zu günstigerer Anlage zu suchen.

[119] Petrazycki § 13 nennt dies minder glücklich „Zinsen als fingiertes Einkommen". Der im Texte gewählte Ausdruck „Vergütungszinsen" hat sich neuestens durch Ungers Darstellung in Grünhuts Ztschr. XXXI S. 132 rasch eingebürgert.

[120] S. oben S. 584, auch Randa a. a. O. S. 18 N. 40, Sägky S. 304 N. 25.

[121] Wie Nippel VI S. 278, Hasenöhrl I S. 299 N. 36 sie darstellen.

[122] Man beachte, daß die Haftung des Mandatars (§ 1012 im Gegensatze zu der des Mandanten (§ 1014) über die Culpahaftung nicht hinausgeht (vgl. oben zu 4 a. E.).

[123] Sowie im entgegengesetzten Falle, d. i. für die Ersatz-(Verzugs)zinsen, nichts darauf ankommt, ob der säumige Schuldner das fällige Kapital für sich verwertet hat oder nicht.

[124] Petrazycki S. 89 f. und 149, siehe dagegen ihn selbst S. 271 f.

wirklich fruchtbarer wäre als anderwärts, scheint aber jedenfalls eine andere Anschauungsweise die natürlichere. Wie es eine Aneignung des fremden Kapitals selbst gibt, so gibt es eine Aneignung bloß des zeitweiligen Gebrauches[125] desselben durch Verwendung in der eigenen Wirtschaft. Und wie dort um die Rückgabe des fremden Gutes selbst, so handelt es sich hier um die Restitution der Nutzung; nur läßt sich der usus nicht buchstäblich zurückstellen, sondern nur dessen Wert vergüten.[126] Bei Aneignung von Geldkapitalien ist dieser Gebrauchswert, wie sich oben ergeben hat, schon durch das Maß der gesetzlichen Zinsen festgestellt; die Frage spitzt sich also dahin zu, ob derjenige, der — wenn der Ausdruck erlaubt ist — sich eigenmächtig Kredit nimmt, diesen mit dem gesetzlichen Kreditpreis zu vergüten hat. Wieder sind es „gesetzliche Kreditzinsen", auf die es ankommt.[127] Ob nun aber eine solche Pflicht besteht, darüber kann auch hier nicht das Zinsengesetz, sondern nur eine allgemeine Norm oder eine Norm des speziellen Obligationsverhältnisses entscheiden. Als ganz allgemeine Regel wird sich eine solche Verbindlichkeit nicht hinstellen lassen. Der Finder z. B. hat dem erst nach Jahresfrist sich meldenden Eigentümer nach dem Wortlaute des § 392 nur die etwa wirklich „gezogenen" Zinsen (oben 2) herauszugeben, nicht aber Zinsen für die mittlerweilige Verwendung des gefundenen Geldes zu vergüten.[128]

[125] Man denke an den Gegensatz von „furtum rei ipsius" und „furtum usus": L. 1 § 3 D. de furt. 47, 2.

[126] Vgl. § 1431, wo die condictio bei Rückforderung indebite geleisteter Arbeit die Gestalt eines Anspruchs auf „angemessenen Lohn" annimmt. WgalGB. III § 399 hatte ganz im Sinne des Textes gesagt: „Vollbrachte Handlungen lassen sich zwar nicht zurücknehmen: wenn aber jemand etwas getan hat usw.".

[127] Daß die herrschende Lehre diese Zinsen immer wieder statt als Vergütung des vom Mandatar sich angeeigneten Kapitalgebrauchswertes (vgl. auch Petrazycki S. 160 und 287) als Ersatzzinsen zu erklären versucht — als Ersatz der „entzogenen" Zinsen, welche der Eigentümer von seinem Kapital durch Kreditierung an Dritte hätte gewinnen können — oder als „versäumte" Zinsen, da es Pflicht des Geschäftsführers gewesen wäre, gleichwie bei Dritten, so auch bei sich selbst Gelder seines Machtgebers nur gegen Zins anzulegen (wie z. B. Chambon T. neg. gest. S. 101 f. oder Pacchioni a. a. O. p. 618 s. im Anschluß an einen Gedanken Iherings, Abhandlungen aus dem römischen Recht S. 55, die Sache wenden, vgl. auch Troplong Nr. 500) — das erklärt sich daraus, daß der Wert des Eigengebrauches eines Gutes sich praktisch fast nur durch den Preis aufweisen läßt (vgl. § 304: „Der bestimmte Wert einer Sache heißt ihr Preis"), welcher für dessen Überlassung an andere gefordert und gezahlt zu werden pflegt (vgl. oben N. 29. Dies legt nun einen Irrtum nahe, welchen die herrschende Auffassung in der Tat begeht, indem sie die Feststellung des Marktpreises des Kredits in abstracto (welche der „gesetzliche" Zinsfuß liefert) mit der Feststellung des Zinsenertrages verwechselt, der in concreto durch Kreditierung eines Kapitals erzielt ist oder zu erzielen war.

[128] Die römischrechtliche Verpflichtung des Käufers, vom Zeitpunkt der Übernahme der Ware an den Kaufpreis zu verzinsen (vgl. Hasenöhrl I S. 299 f. N. 36 Z. 2 und die dort zitierten Schriftsteller), würde hierher gehören, ist aber für das österreichische bürgerliche Recht nicht haltbar weil im Sinne § 1063 durch die Vorauslieferung der Kaufpreis kreditiert ist und daher so wenig wie sonst bei ver-

Auch der Gesichtspunkt der Bereicherung sine causa[129] reicht nicht aus, um einen allgemeinen Rechtssatz dieses Inhalts zu begründen. Bleibt es doch mit Rücksicht auf § 1437 im Zusammenhalt mit § 330 mindestens für die condictio indebiti höchst zweifelhaft, ob dem gutgläubigen Empfänger die Herausgabe irgend einer Nutzung des indebite Empfangenen auferlegt werden kann.[130] Für den Mandatar allerdings fehlt es nicht an der besonderen Norm, die ihm solche Haftung auferlegt. Sie liegt, wie bereits im Texte (S. 570 f.) gezeigt, in seiner Treuepflicht, vermöge deren er alle ex causa des Mandats bezogenen Vorteile dem Mandanten gutzuschreiben hat, mag auf dieselben gerechnet gewesen sein oder nicht (§ 1009). Dazu aber zählt der Nutzungswert der Kapitalien des Mandanten, die der Mandatar eigenmächtig sich selbst „kreditiert" hat: ihn vergütet er mit dem Preis der gesetzlichen Kreditzinsen (5%). Daß hier für eine Herausgabe eines etwaigen weiter gehenden Spekulationsgewinnes, mag ihn der Mandatar auch unerlaubter Weise mit dem ihm anvertrauten Gelde gemacht haben, kein Raum ist, ist gleichfalls bereits oben erklärt (S. 571 f.).

§ 80.

7. Die Rechnungslegungspflicht des Mandatars.

ABGB. §§ 1012, 1039, 1198–1200. — Krainz II § 295 Z. 4. — Troplong Nr. 414—444; Gruchot Beitr. XV S. 849—861 (1871); Grünhut § 29; Le Folis Nr. 377—421; Bähr Jahrb. f. d. Dogm. XIII S. 251 ff. (Gesammelte Aufsätze I S. 116 ff.) 1874; Rocholl Rechtsfälle a. d. Praxis des RG. II (1890) S. 221 ff.; Klewitz Die Verweichlichung z. Rechnungsstellung 1890; Treitel Über die Rechenschaftsablage, Arch. f. bürgl. R. XIV S. 1—61 (1898). — BGB. §§ 259—261. — Dernburg Pr. R. II § 44; — II §§ 38—40; Crome I §§ 136, 137.

Im engsten Zusammenhange mit der Herausgabepflicht steht die Verpflichtung des Mandatars, „die bei dem Geschäfte vorkommenden Rechnungen vorzulegen" (§ 1012).[1]

---

tragsmäßiger Kreditgewährung (§ 984) in Ermangelung besonderer Vereinbarung (oder Zahlungsverzuges) Zinsen gefordert werden können. — „Gesetzliche Kreditzinsen" sind auch die Zinsen des § 514. Durch Bauführungen des Proprietars wird der Gebrauchswert des Objektes des Nießbrauches, somit des dem Usufruktuar für die Dauer seines Rechtes überlassenen Kapitales vergrößert; deshalb legt diesem das Gesetz die Pflicht auf, diese — bei Entstehung des Nießbrauchs nicht vorgesehene — Erhöhung des Gebrauchswertes zu vergüten durch den „gesetzlichen" Preis der Kapitalsnutzung. Gerade diesen Fall schließt aber die herrschende Theorie (s. Unger Österr. Vierteljahrschr. XIV S. 120 N. 3, Randa a. a. O. S. 20 N. 44, Krainz II S. 16, Hasenöhrl I S. 300 N. 36, im Gegensatze zu den älteren Kommentaren z. B. Stubenrauch zu § 995) von dem Begriffe der „gesetzlichen Zinsen" aus!

[129] Diesen Gesichtspunkt betont besonders Guillouard p. 451.

[130] Vgl. zu dieser Frage, auf die ich hier nicht näher eingehen kann, jetzt Unger Grünhuts Zsch. XXXI S. 130 ff., der auch andeutet, daß in dieser Richtung nicht alle Kondiktionen sich gleich stehen.

[1] Im ABGB. allerdings statt mit der Herausgabepflicht (§ 1009) mit der Schadenersatzhaftung des Mandatars (§ 1012) in Verbindung gesetzt; vgl. auch Zeiller III S. 287.

Nach allgemeiner Regel wäre der Mandant, der in die Lage kommt, Ansprüche auf Herausgabe (actio mandati directa) geltend zu machen, genötigt, als rechtserzeugende Tatsachen die einzelnen Vorgänge der Geschäftsführung darzutun[2] — eine schwere Beweislast schon deshalb, weil es sich dabei um das Tun und Lassen des Geschäftsführers handelt, und diesem daher Beschaffung oder Beseitigung der Beweismittel viel näher liegt als dem Geschäftsherrn — ein wahrer Beweisnotstand[3] aber für letzteren, wenn man bedenkt, daß er zumeist gerade dem Zwecke des Auftrags gemäß dem Beauftragten als seinem Vertrauensmann die Durchführung überläßt und dessen Schritte im einzelnen gewöhnlich nicht vorschreiben und nicht verfolgen kann. In solchen Fällen fehlen ihm nicht nur die Beweismittel, sondern er vermag nicht einmal das Beweisthema, d. h. die Tatsachen anzugeben, welche für Entstehung und Umfang seiner Ansprüche entscheidend sein mögen. Nicht selten würden seine Ansprüche an dieser Klippe scheitern.[4] Der Rechtssatz, welcher dem Mandatar die Rechnungslegung vorschreibt, leistet dem Mandanten also mehr als eine bloße Umkehrung der Beweislast,[5] er befreit ihn aus jenem Notstand, indem er seinem Gegner auferlegt, ihm selbst das Tatsachenmaterial zur Substantiierung seiner Ansprüche zu liefern.[6] Längst

[2] Die Beweislastverteilung des § 1298 geht nicht so weit, daß der Kläger nur den Abschluß des Bevollmächtigungsvertrages zu beweisen hätte; zum Fundament eines Anspruchs auf Herausgabe der Ergebnisse der Geschäftsführung gehört natürlich auch die Tatsache wirklich geführter Geschäfte und nur der Gegenbeweis obliegt dem Beklagten, daß er ohne sein Verschulden Ergebnisse derselben nicht zu liefern vermöge. Nur so viel ist richtig an den Ausführungen von Ihay S. 20 ff. (siehe oben § 64 N. 10), vgl. auch Klewitz S. 57 f.

[3] Exner D. Begr. d. höher. Gewalt S. 40 ff. hat für ähnliche Verhältnisse diesen Ausdruck gebraucht und auch die Bedeutung dieses „Notstandes" treffend geschildert.

[4] Befreiung von der Rechnungslegung wirkt tatsächlich als Überlassung der Ergebnisse der Vermögensverwaltung, so im Falle des § 1239; vgl. Zeiller III S. 617, Krainz II S. 424.

[5] Es genügt nicht, bloß diese „Umkehr der Beweislast" hervorzuheben, wie noch Treitel S. 19; besser schon Hesse Jurist. Probleme S. 137, vgl. auch Monroy a. a. O. S. 169 und die folgende Note.

[6] Dieser Rechtssatz hat durch das Inslebentreten der neuen Zivilprozeßordnung an Bedeutung nichts eingebüßt. Die Frage der Beweislast mag durch die Maxime der Erforschung der materiellen Wahrheit im österr. Prozeßrechte einigermaßen an Gewicht verloren haben (aber durchaus nicht alles!) — vgl. die Schrift von Wehli Die Beweislast im neuen Zivilpr. (1896) —; die Substantiierung der Ansprüche ist nach wie vor Sache der Parteien geblieben (vgl. u. a. §§ 78, 177, 178 und 226 ZPO.). Auch der weitestgehenden richterlichen Prozeßleitung kann und soll nicht zugemutet werden, daß sie erst die Tatsachen aufsuche, welche gleichsam in blanco vorgebrachten Ansprüchen einer Partei zur Grundlage dienen mögen; siehe darüber Skedl Das österr. Zivilprozeßrecht I S. 15 f. N. 27 und die dort Zitierten, Pollak Syst. d. österr. Zivilpr. I S. 409 f., auch Wehli a. a. O. S. 7 f.

ist dies als die praktisch bedeutsamste Wirkung der Rechnungslegungspflicht erkannt und deshalb auch gewöhnlich als ratio legis für dieselbe bezeichnet — nicht mit Unrecht, aber doch zu einseitig.[7]

Mag immerhin das praktische Schwergewicht der Rechtsnorm auf der prozessualen Seite liegen; ihre Wurzel muß doch in dem materiellen Rechte des Schuldverhältnisses gesucht werden.

Die Rechnungslegung ist lediglich ein Ausläufer der allgemeinen Verpflichtung des Mandatars, über die Geschäftsbesorgung Rechenschaft zu geben, seinem Auftraggeber über alles, was er in dessen Angelegenheiten getan und was ihm widerfahren, zu berichten, „Auskunft zu erteilen",[8] einer Verpflichtung, die sich von selbst aus der Stellung als Vertrauensmann, als juristisches Organ in fremden Geschäften ergibt.[9] Soweit es sich dabei um eine Geschäftsbesorgung handelt, die Einnahmen und Ausgaben für den Geschäftsherrn mit sich bringt, nimmt diese Rechenschaft naturgemäß die Gestalt einer Rechnung an.[10] „Die Rechnungslegung enthält eine Rechen-

---

[7] Namentlich seit Bähr (bes. § 2), vgl. Monroy a. a. O. S. 163 f. Gegen diese Einseitigkeit mit Recht Klewitz S. 7 ff., auch Ijay S. 128 f. Den richtigen Standpunkt zu gewinnen ist wichtig, weil sich die Konsequenzen bei der Beurteilung einer Reihe von Einzelfragen (unten S. 593 ff.) zeigen, sowie bei der Frage der Ausdehnung der Rechnungslegungspflicht (vgl. den Zusatz).

[8] Bähr S. 252. Neuere Gesetze, so § 1312 sächs. GB., Art. 361 HGB., § 666 BGB., gehen ganz richtig von dieser Auskunftspflicht des Mandatars aus, während das ABGB. § 1012 und sonst (§§ 830, 837, 1039 und 1198) nur von „Rechnungen" spricht; aber schon die Bestimmung, daß diese Rechnungen jederzeit verlangt werden können (vgl. unten) zeigt, daß dabei als Grundlage der Anspruch des Mandanten gedacht ist, über die Geschäftsführung durch die nötige Aufklärung stets auf dem Laufenden erhalten zu werden, vgl. auch Zeiller III S. 287, Winiwarter IV S. 221.

[9] Troplong Nr. 5 (vgl. Nr. 39 und 414) nimmt die Rechenschaftspflicht schon in die Definition des Mandats auf. Vgl. auch Le Jolis p. 317: „de ce que le mandataire agit pour autrui, résulte nécessairement l'obligation de rendre compte de l'affaire dont il était chargé", und Gai. in L. 46 § 4 D. de proc. 3. 3: „ex bona fide rationem reddere debet"; Slg. 8580: „schon nach der Natur des Geschäftes".

[10] In dem Digestentitel 27, 3 (s. namentlich L. 1 pr.) umfaßt das „rationem reddere" das „Rechenschaft geben" überhaupt und das „Rechnung legen" insbesondere, ähnlich wie das „rendre compte" des Art. 1993 Code civ. (vgl. auch Art. 398 schweiz. Obl.R.). Über das Verhältnis von „Rechenschaft" und „Rechnungslegung" s. noch Dernburg Vrgl. R. S. 87, Grünhut S. 233 N. 4, auch schon Buchner S. 86, Slg. 12392 (vgl. auch § 895). Nur auf die Verpflichtung zur „Rechenschaft" im weiteren Sinne, nicht aber zur Lieferung von Rechnungen, paßt die Bemerkung von Guillouard p. 445, daß sie bei einer unter den Augen des Mandanten vor sich gehenden Geschäftsführung entfallen müsse; vgl. dazu auch Slg. 8580. — Der Streit über die Abgrenzung der Termini „Rechenschaftsablage" und „Rechnungslegung" (s. Treitel S. 7 ff.) ist für das österreichische Recht gegenstandslos.

schaftsablegung in arithmetischer Form (in Zahlengrößen)."[11] Damit ist klar, daß sie nicht mehr und nicht weniger ist als ein Teil der vertragsmäßigen Verpflichtungen des Mandatars, und durchaus materiellrechtlicher Natur.[12] „Accessorisch" ist der Anspruch auf Rechnungslegung füglich nur in dem Sinne, wie es jeder einzeln herausgegriffene Anspruch im Verhältnisse zur gesamten Haftung aus einem Obligationsverhältnisse ist.

Nur der einseitig prozessuale Ausgangspunkt der herrschenden Lehre erklärt es, daß man dem Anspruch auf Rechnungslegung lediglich „accessorische" oder „präparatorische" Funktion zuschreibt.[13] In zahlreichen Fällen dient gewiß der Anspruch oder die Klage auf Rechnungslegung dem Geschäftsherrn nur dazu, die Klage auf Herausgabe der Ergebnisse der Geschäftsführung zu sichern und vorzubereiten. Allein darin ist das juristische Wesen des Anspruchs nicht erschöpft. Der Mandant bedarf desselben nicht bloß zu diesem Zwecke, er bedarf seiner ebensosehr, wo es sich ihm nicht oder noch nicht um die Einziehung der Resultate der Geschäftsbesorgung handelt, um über den Stand der Dinge informiert zu werden und darauf hin sonstige Geschäftsdispositionen treffen, insbesondere vielleicht dem Mandatar selbst weitere Weisungen geben oder die ursprünglichen Instruktionen abändern zu können,[14] möglicherweise um darüber schlüssig zu werden, ob die Geschäftsführung überhaupt fortzusetzen oder etwa der Auftrag und die Vollmacht zu widerrufen sei. Und diese Erwägungen sind, wie sofort beigefügt werden mag, entscheidend für eine wichtige Frage.

Man sagt, das Interesse und folgeweise auch das Recht des Mandanten auf (wahrheitsgemäße) Auskunft beziehe sich nur auf die Einnahmen, weil aus diesen allein seine Ansprüche auf Herausgabe entspringen: die Gegenposten der Ausgaben stelle der Mandatar nur im eigenen Interesse ein, übergehe er solche, so sei das seine Sache,[15]

[11] Hesse a. a. O. S. 117, vgl. S. 134.

[12] Vgl. Rocholl S. 237, Klewitz § 3, Isay S. 129. Vgl. Slg. N. F. 1563: „ein materielles, im Prozeßwege erzwingbares Recht".

[13] Siehe Treitel S. 15 f., Krainz S. 8. Dernburg S. 87 spricht von „Hilfsrecht"; Ehrlich Das zwingende und nichtzwingende Recht S. 56 f. zählt § 666 BGB. zu den „Fürsorgenormen", Kohler I S. 183 zu den „Beihilfeansprüchen".

[14] Beispiele bei Klewitz S. 15 ff., vgl. auch Isay S. 126.

[15] So namentlich Bähr S. 258 ff., siehe auch z. B. Grünhut S. 233 f. Dagegen besonders Rocholl S. 238, Klewitz S. 8 f. und 14 ff., aber auch schon Hesse a. a. O. S. 143, Dernburg Pr. R. II S. 111 f., vgl. auch Treitel S. 14 f. — Die Manifestationspflicht ist auch in § 259 Absatz 2 BGB. auf die Einnahmen beschränkt.

gleichwie die Einwendung der Kompensation überhaupt. Vom Standpunkte der Theorie von der lediglich adminikulierenden Bedeutung der Rechnungslegung für die Substantiierung der actio directa des Mandanten ganz folgerichtig, ist diese Ansicht unhaltbar, wenn man sich das oben Gesagte vor Augen hält. Es ist klar, daß in den angedeuteten Richtungen, z. B. für seine weiteren Geschäftsanordnungen, der Mandant an genauer Auskunft über die Ausgaben oder etwaige Ersatzansprüche des Mandatars, kurz über die Kosten, nicht weniger Interesse hat, als an der über die Eingänge der Geschäftsführung. Der Anspruch auf Rechnungslegung bedeutet daher einen Anspruch auf genaue Angabe nicht bloß der Einnahmen, sondern auch der Ausgaben, des „Soll und Haben" der Rechnung.

Auf Grundlage dieser Auffassung sind nun eine Reihe einzelner Fragen zu betrachten, sowie schließlich auch die Frage, in wieferne über die im Gesetze speziell genannten Fälle hinaus eine **allgemeine Rechnungslegungspflicht** anzuerkennen sei. Zusatz.

a) Rechnungslegung im Sinne des Gesetzes ist schriftliche[16] Rechnungslegung über Einnahmen und Ausgaben, genauer über Guthaben und Belastung[17] des Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung.

Die einzelnen Posten dieser Rechnung aber sind, da es sich, wie bemerkt, nicht bloß um prozessuale Anerkennung von Ansprüchen, sondern um sachliche Aufklärung des Mandanten handelt, nicht lediglich Ziffernangaben, sondern Angabe der einzelnen Akte und Vorgänge der Geschäftsbesorgung, über welche der Mandatar Rechenschaft zu geben hat, mit Beifügung ihrer ziffermäßigen Bedeutung.[18]

Diese dem Geschäftsherrn gebührende Auskunft umfaßt auch die Ausstattung der Rechnung mit den nötigen Belegen, nicht bloß weil solche als Beweismittel im eventuellen Prozesse zu dienen haben werden, sondern weil deren Beschaffung zur „ordentlichen" Geschäftsführung[19] gehört.

---

[16] Daß das ABGB. schriftliche Rechnungslegung meint, zeigt schon der Ausdruck: Rechnungen „vorzulegen" im § 1012, Rechnung „zu führen" im § 1198.

[17] Dem Mandanten gutzuschreiben sind z. B. „versäumte Zinsen" (siehe oben S. 585), zu belasten ist seine Rechnung mit Schadenersatzansprüchen nach § 1014, obwohl erstere nicht „Einnahmen", letztere nicht notwendig „Ausgaben" des Mandatars darstellen.

[18] Treitel S. 13 f.: daher die Vorlegung bloß einer „Bilanz" regelmäßig nicht genügt (s. den Gegensatz § 1200, dazu Slg. 8580). Vgl. die Charakterisierung des „rationes reddere" bei Callistrat. in L. 82 D. de cond. 35, 1: „. . . ita enim incipit quidem res a facto. pervenit autem ad pecuniam".

[19] Jhay S. 130 f. (anders Bähr S. 263 und 273). Das ABGB. fordert

Im übrigen stellt das Gesetz keine besonderen Anforderungen an die Form der Rechnung;[20] deren Beschaffenheit kann nur mit dem allgemeinen Maße der dem Schuldverhältnisse entsprechenden Diligenz gemessen werden. Je nach der Wichtigkeit und dem Umfange des aufgetragenen Geschäftes, je nach dem Kreise, in welchem sich die Geschäftsführung zu bewegen hat, wohl auch je nach dem persönlichen Verhältnisse zwischen Machthaber und Machtgeber, wird in dieser Beziehung mehr oder weniger zu verlangen sein. Während in dem einen Falle Aufzeichnungen der einfachsten Art genügen mögen, wird in anderen Fällen eine fachmännisch gestaltete Rechnung geboten erscheinen. Und Ähnliches gilt von der Genauigkeit und Vollständigkeit der Belege.[21]

Entspricht die vorgelegte Rechnung diesen Anforderungen so wenig, oder ist sie so lückenhaft, daß ein Überblick über die Geschäftsführung tatsächlich gar nicht zu gewinnen ist, so ist sie nicht nur mangelhaft, sondern keine Rechnung im Sinne des Gesetzes, die Rechnungslegungspflicht also nicht erfüllt.[22]

Die Rechnungslegung bedeutet in erster Linie Aushändigung, nicht bloß Vorweisung, der Rechnung samt Belegen.[23] Indes ist die Verpflichtung auch in dieser Richtung ex fide bona zu beurteilen.

im § 1012 nicht ausdrücklich wie für die Vormundschaftsrechnungen § 239 die Anschließung von Belegen; zweifellos aber umfaßt „ordentliche" Rechnungslegung — und solche ist, wie die Vergleichung mit § 837 zeigt, auch im § 1012 gemeint — die Beibringung der nötigen Belege, vgl. Zeiller III S. 557.

[20] Vgl. Dernburg S. 90 N. 9, Klewitz S. 13 f. N. 2, Slg. 12818, N. F. 1563.

[21] Vgl. Le Jolis p. 324 s., Rocholl S. 239 f., Klewitz S. 23 f., Grünhut S. 235, dann die Entsch. Notz. 1904 Nr. 18, auch D. Mot. II S. 538.

[22] Auch diese Frage, ob das, was der Geschäftsführer vorlegt, überhaupt nicht als „Rechnungslegung" gelten kann oder immerhin als eine Rechnungslegung, wenngleich eine mangelhafte oder unvollständige, läßt sich nur mit Erwägung aller Umstände im konkreten Falle, nicht nach formellen Kriterien bestimmen; vgl. Klewitz S. 21. Die formale Bedeutung, welche diese Abgrenzung zur Zeit des alten Rechnungsprozesses hatte, ist heute beseitigt, aber damit nicht jede Bedeutung (so, wie es scheint Krainz-Ehrenzweig S. 9 N. 54; denn davon hängt es ab, ob der Geschäftsherr (im ersten Falle) neuerlich durch Klage oder mittels Exekution auf Rechnungslegung zu dringen oder (im zweiten Falle) seinerseits, ev. durch Feststellungsklage, die Aufstellungen der Rechnung zu bestreiten oder zu ergänzen hat. Auch das Zurückhaltungsrecht (s. unten S. 596) steht dem Mandanten nur im ersten Falle zu.

[23] Man wird den Ausdruck „vorlegen" im § 1012 nicht als Gegensatz zu „Aushändigen" verstehen dürfen (wie Gruchot XIV S. 372), arg. § 215 Pat. vom 9. August 1854 („dem gewesenen Mündel" sind die vom Vormund gelegten „Rechnungen samt Beilagen auszufolgen"); vgl. auch PrLR. I 14 §§ 160 f., dazu Dernburg S. 91 N. 13, Bähr S. 264, Klewitz S. 27 und oben S. 566.

Wo dem Interesse des Mandanten damit genügt ist — wo es z. B. lediglich gilt, ihm vorläufige Aufklärung über den Stand der Geschäfte zu geben —, wird er in der Regel nicht auf die Lieferung einer Rechnungsausarbeitung bestehen dürfen, sondern sich auch mit der Einsichtnahme in die vom Mandatar geführten Bücher oder Rechnungen begnügen müssen.[24]

Das ist umsomehr zu betonen, weil das ABGB. die Verpflichtung des Mandatars nicht auf die Erstattung einer Schlußrechnung oder periodischer Rechnungsabschlüsse[25] beschränkt, sondern ihm vorschreibt, dem Mandanten „so oft dieser es verlangt"[26] die Rechnungen vorzulegen (§ 1012). Dem Gedanken der Auskunftspflicht — nicht so dem der prozessualen Substantiierungspflicht — durchaus entsprechend, würde dies zu einer unerträglichen Härte gegenüber dem Mandatar führen, wollte man ihm zumuten, daß er in jedem Augenblicke mit einer formellen Rechnungsausfertigung dem Mandanten zu Diensten stehe.[27]

b) Wie für jeden Anspruch aus dem Bevollmächtigungsvertrage, steht dem Geschäftsherrn zur Geltendmachung seines Rechts auf Rechnungslegung die Klage, actio mandati (directa) zu Gebote.[28] Dadurch erwirkt er Verurteilung des Geschäftsführers zur Anfertigung und Ausfolgung der „ordentlichen" Rechnung. Und daran schließt sich nötigenfalls die Zwangsvollstreckung — da sie einer regelmäßig „nicht vertretbaren" „Handlung" gilt — nach § 354 EO. und bei Fruchtlosigkeit dieser Exekution die Interesse-Klage des § 368 EO.[29]

[24] Vgl. Slg. N. F. 1563 und 720.

[25] Wie PrPR. I 13 § 61, I 14 § 139, auch § 666 in Verbindung mit § 259 BGB.

[26] Daß die Verpflichtung, dem Geschäftsherrn Nachrichten zu geben (§ 666 BGB., Art. 351 HGB.), nicht immer eine vorgängige Aufforderung voraussetzt, ist mit Recht hervorgehoben, Jiay S. 126, vgl. auch oben S. 552 f.

[27] Jiay S. 127; treffend bereits Nippel VII S. 82, auch Zeiller III S. 287 („ob die Rechnung zur Unzeit verlangt werde, entscheidet der Richter", dazu Slg. 2502; auch das DRG. XIV Nr. 51 verlangt nur Rechnungsablage „nach Verlauf einer angemessenen Zeit" (wogegen mit Unrecht Klewitz S. 58 N. 2). Vgl. noch § 1199 a. E.

[28] Klewitz S. 9, Canstein Der österr. Rechnungsprozeß GZ. 1891 Nr. 9, Slg. N. F. 1563 (Gründe des OLG.) und Slg. N. F. 704 wo sogar nach rechtskräftiger Entscheidung über die Leistungsklage noch Klage auf Rechnungslegung zugelassen wurde).

[29] Dernburg S. 91 N. 14, Klewitz S. 54 f., Treitel S. 49; vgl. D. Mot. II S. 537, auch Slg. 6593. Liegt das nötige Material bereits vor (Geschäftsbücher u. dgl.), so kann das Gericht die Zusammenstellung und Abschließung der Rechnung allerdings auch auf Kosten des Rechnungspflichtigen durch einen Dritten vornehmen lassen (§ 353, vgl. § 115 EO.; v. l. Canstein a. a. O. S. 74, Krainz II S. 9.

Dem Geschäftsherrn steht aber auch das Recht zu, seinerseits mit der Befriedigung der Impensen- oder Ersatzansprüche des Geschäftsführers so lange zurückzuhalten, bis die Rechnung gelegt ist,[30] bzw. der Klage des Mandatars (actio contraria) auf Vergütung von Kosten und Schäden die Einrede entgegenzustellen, wenn ihm nicht spätestens mit dieser Klage selbst[31] die Rechnung vorgelegt ist. Diese, im ABGB. nicht ausdrücklich hervorgehobene, Rechtsfolge[32] ergibt sich — hier macht sich wieder deren prozessuale Seite geltend — aus der Erwägung, daß dem Geschäftsherrn gegenüber den Ansprüchen des Geschäftsführers die Einrede der Kompensation auf Grund etwaiger Restitutions- oder Ersatzansprüche vorbehalten bleibt, für deren Liquidität aber der klagende Geschäftsführer selbst vermöge seiner Rechenschaftspflicht vorerst die Substantiierung zu liefern hat.[33]

Steht es so in der Hand des Geschäftsherrn, die Rechnungslegung zum Präjudizialpunkt gegenüber den Forderungen des Geschäftsführers zu machen, so ist sie anderseits doch nicht präjudiziell für seine Ansprüche. Will er die Last auf sich nehmen, seine Ansprüche regelrecht zu substantiieren, so hindert ihn nichts, gegen den Mandatar auf Herausgabe oder Ersatz zu klagen, ohne Rechnungslegung abzuwarten,[34] — gleichwie er auch sonst einzelne Ansprüche aus dem Schuldverhältnisse fallen lassen mag.[35] Nichts hindert ihn

[30] Dazu oben N. 22.

[31] Früher konnte es mit Rücksicht auf die präjudizielle Natur des Rechnungsprozesses fraglich scheinen, ob Vorlage der Rechnung mit der Klage des Geschäftsführers auf den zu seinen Gunsten verbleibenden Saldo genüge; siehe z. B. Slg. 5180. Heute kann dies m. E. nur für die Frage der mora des Mandanten oder für den Zuspruch der Prozeßkosten in Betracht kommen.

[32] Die aber, wie für das gemeine Recht — vgl. Klewitz S. 35 f. — auch bei uns anerkannt ist: Slg. 9542 und 13259.

[33] Es handelt sich also nicht um ein, nach § 471 grundsätzlich ausgeschlossenes, Retentionsrecht i. e. S. (oben S. 332); — aber auch das Zurückhaltungsrecht im weiteren Sinne, welches unter dem Gesichtspunkte der exceptio non adimpleti contractus (§ 1052) zugelassen ist (oben S. 335 f.), würde zur Erklärung nicht zureichen, weil dieses ein synallagmatisches Verhältnis von Leistung und Gegenleistung voraussetzt, wie es zwischen actio directa und actio contraria aus dem Mandat nicht besteht (siehe unten § 85; anders nach § 273 deutsch. BGB., vgl. Planck II S. 44). Was hier vorliegt, ist vielmehr eine eigenartige Steigerung des Kompensationsrechtes, die sich, wie im Texte angedeutet, aus der Bedeutung der Auskunftspflicht des Mandatars für die Substantiierung der zu kompensierenden Ansprüche des Mandanten ergibt.

[34] Dernburg S. 90, Grünhut S. 238, Slg. 11382.

[35] Auch vertragsmäßiger Verzicht im vorhinein auf Rechnungslegung bedeutet nicht Verzicht auf die Ansprüche auf Herausgabe der Ergebnisse der Geschäftsführung, wenngleich deren Realisierung dadurch wesentlich erschwert wird (vgl. oben N. 4); doch ist dies kein Grund, an der Zulässigkeit und Gültigkeit solchen Verzichts zu zweifeln, wozu die französische Jurisprudenz neigt, siehe Troplong Nr. 415, Le Jolis

aber auch, alle diese Ansprüche gleichzeitig zu erheben, somit auch in derselben Klage Rechnungslegung und Herauszahlung des Ergebnisses der Geschäftsführung zu fordern.[36] Letzteres kann er auf Grund einer von ihm selbst angestellten Berechnung tun. Das neuere Prozeßrecht aber kommt ihm in dieser Richtung — den Gedanken der Substantiierungspflicht des Rechnungslegers folgerichtig entwickelnd — noch mehr entgegen, indem es ihm unter Umständen[37] gestattet, an das Begehren der Rechnungslegung das Zahlungsbegehren vorläufig ohne bestimmte Angabe der Höhe anzuschließen (Art. XLII EG. z. ZPO.).

c) Was die Wirkung der erfolgten Rechnungslegung betrifft, so muß zunächst an die Zeit des früheren Prozeßrechtes erinnert werden mit seinen besonderen Normen über den Rechnungsprozeß.[38] Der Rechnungsleger konnte die richterliche Bestimmung einer Frist erwirken, innerhalb welcher der Gegner sich über Genehmigung oder „Bemängelung" der Rechnung zu äußern hatte, unter dem Präjudiz, daß mit Ablauf der Frist „die Rechnung für genehmigt zu halten" war.[39] Die Rechnungslegung war somit für den Mandatar ein Mittel, sich entweder die Anerkennung seiner Ansprüche oder deren substantiierte[40] Bestreitung durch den Geschäftsherrn zu erzwingen; in diesem Sinne war sie nicht bloß eine Pflicht, sondern auch ein Recht des Geschäftsführers.[41] In dem neuen Zivilprozeß ist die Form des Rechnungsprozesses verschwunden; damit hat die Rechnungslegung materiell den Charakter eines Rechts abgestreift, um lediglich als Pflicht des Mandatars bestehen zu bleiben.

---

p. 318 ss., Guillouard p. 446 und dagegen das Erkenntnis bei Gruchot XV S. 109 f.

[36] Vgl. Bähr S. 255, Hesse a. a. O. S. 141, Treitel S. 50.

[37] Nämlich wenn zugleich der Offenbarungseid gefordert wird (vgl. unten S. 601). Eine Ausdehnung dieser singulären Norm (Ausnahme von § 226 ZPO.) auf den Fall, wo lediglich Rechnungslegung begehrt ist, dürfte nicht zulässig sein (vgl. Stg. N. F. 2737); die deutsche ZPO. § 254 neuer Fassung hat sie allerdings auch auf diesen Fall ausgedehnt.

[38] Einige der oben zu b berührten Fragen konnten nur mit Rücksicht auf die besonderen Normen des alten Rechnungsprozesses Anlaß zu Zweifeln geben.

[39] Siehe §§ 100 und 101 AGO. §§ 165 und 166 WgalGO., dazu Canstein Lehrb. des österr. ZPr. (2. Aufl., I S. 413 ff., Ullmann Das österr Zivilprozeßrecht (1885) S. 370 f.

[40] Vgl. § 102 AGO. („bei jedem Mangel . . . genau anzumerken, aus was für einem Grunde er gestellt wurde"). Der Rechnungsempfänger übernahm mit der „Bemängelung" der Rechnung die Klägerrolle; Canstein GZ. 1891 Nr. 8, 11 und 12, Menger Syst. des österr. Zivilpr. I S. 259 N. 10.

[41] Vgl. Stg. 10700. Das HfD. vom 9. Februar 1784 Nr. 235 JGS., gewahrte „das Klagerecht" auf Genehmhaltung der gelegten Rechnung; vgl. auch PrLR. I 14 §§ 143 f., dazu Dernburg Pr. R. II S. 111.

Nunmehr enthält die gelegte Rechnung auf der Seite der „Einnahmen" das Geständnis des Rechnungslegers, aus diesen Posten Schuldner des Geschäftsherrn geworden zu sein.[42] Die „Ausgaben"-Seite aber stellt die Behauptung der Entstehung von Gegenansprüchen des Rechnungslegers auf, die er durch die Rechnungsbelege oder auch durch andere Mittel erst noch zu beweisen hat.

Bedeutet die Vorlegung der Rechnung im Zweifel nicht mehr als dies? Allerdings: Einmal — da Erfüllung der Rechnungslegungspflicht Vollständigkeit der Auskunft voraussetzt und der Mandatar dieser Pflicht mit der vorgelegten Rechnung genügt haben will — die Behauptung, daß er andere Einnahmsposten nicht zu verzeichnen habe,[43] — sodann, in der arithmetischen Durchführung, die Erklärung, die gegenseitigen Forderungen zu kompensieren;[44] endlich aber regelmäßig die Aufforderung an den Rechnungsempfänger, die Rechnung anzuerkennen, mit anderen Worten die Offerte eines Anerkennungsvertrages. Diese Offerte aber bezieht sich auf das Gesamtergebnis der Rechnung: denn nur so kann sie für den Rechnungsleger von Interesse sein. In dieser Beziehung kann daher der Geschäftsherr die Rechnung nur als Ganzes annehmen oder ablehnen, nicht aber etwa bei Bestreitung der Ausgabeposten den Rechnungsleger durch Annahme der Einnahmeposten binden.[45] Allein die Aufforderung zur Gutheißung der Rechnung steht nicht mehr unter der Sanktion einer Präklusivfrist für deren Bemängelung, wie nach § 101 AGT. Ohne sich daher überhaupt über die Rechnung als Ganzes zu

[42] Zunächst ein außergerichtliches, erlangt dies Geständnis die Natur eines gerichtlichen gemäß § 266 ZPO., wenn die Rechnung etwa der Klage oder Klagebeantwortung des Geschäftsführers angeschlossen wird. — Vgl. Bähr S. 262 f., Hesse a. a. O. S. 135, dagegen aber Treitel S. 51 ff. Das Bedenken von Klewitz S. 19 N. 2 scheint mir durch die Ausführungen von Bülow Das Geständnisrecht S. 274 ff. über die „zuvorkommenden Geständnisse" beseitigt. Zu weit geht allerdings Bähr a. a. O. N. 9, wenn er sagt, „die Rechnungslegung bilde in dieser Beziehung einen Anerkennungsvertrag", aber auch Dernburg S. 91 N. 11: denn daß der Rechnungsleger „an die ihn belastenden Angaben der ersten Rechnung gebunden" bleibe, falls er eine neue Rechnung lege, folgt aus der Natur des außergerichtlichen Geständnisses nicht, s. auch unten N. 46.

[43] Vgl. Grünhut S. 236, Regelsberger Jahrb. f. d. Dogm. XLVI S. 22, Treitel S. 58, Dernburg S. 93; a. M. Bähr Die Anerkennung § 57.

[44] Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 7 ff. Mit Recht aber bemerkt Le Jolis p. 345, daß der Mandatar bezüglich der Staffeln der Aufrechnung nicht, wie etwa im Kontokorrentverhältnis, gebunden ist.

[45] Richtig Klewitz S. 30 ff., Hesse a. a. O. S. 164. Was im übrigen die Wirkung der zustandegekommenen Anerkennung betrifft, so sei hier nur auf Regelsberger „Die rechtliche Natur der Abrechnung", Jahrb. f. d. Dogm. XLVI S. 1 ff. verwiesen.

äußern, kann der Machtgeber seine Ansprüche gegen den Geschäftsführer geltend machen. Und dabei ist ihm nicht verwehrt, zu deren Begründung die Beweiskraft der einzelnen Gutschriften der Rechnung zu seinem Gunsten heranzuziehen, als ebenso vieler Geständnisse seines Gegners über die für ihn rechtserzeugenden Tatsachen der Geschäftsführung.[46]

Dem gegenüber steht dem Geschäftsführer ein Mittel zu Gebote, um sich Sicherheit für die endgültige Erledigung zu schaffen: Die Feststellungsklage auf Grund § 228 ZPO. betreffend den Saldo der von ihm gelegten Rechnung.[47]

d) Wie die Leistungspflicht des Schuldners überhaupt nach der Regel des § 1447, und des Mandatars nach der Regel des § 1012, findet auch die Rechnungslegungspflicht ihre Grenze, wo deren Erfüllung nicht oder nicht mehr möglich ist — es wäre denn diese Unmöglichkeit eine vom Mandatar verschuldete.[48] Der Beweis aber der unverschuldeten Unmöglichkeit, hier der Beweis, daß er ohne deshalb der Nachlässigkeit geziehen werden zu können, über die Geschäftsbesorgung keine Rechnungen oder Aufzeichnungen geführt oder noch in Händen,[49] und auch sonst von den Tatsachen, über welche von ihm Auskunft begehrt wird, selbst keine Kenntnis mehr habe, obliegt — gleichfalls nach allgemeiner Regel (§ 1298) — dem Rechnungspflichtigen. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so geht der an sich fundierte Rechnungslegungsanspruch in den Anspruch auf Ersatz des Interesses des Geschäftsherrn an der gehörigen Rechenschaftsablegung über, eines Interesses, dessen Liquidierung mitunter schwierig sein mag, dessen Existenz deshalb aber nicht vorweg geleugnet werden kann.[50]

---

[46] Auf Anerkennung und deren verpflichtende Wirkung kann sich der Geschäftsherr solchen Falles allerdings nicht berufen, wohl aber auf das Geständnis des Gegners, dessen Wirkung nach allgemeinen Regeln des Prozeßrechts vom Richter zu würdigen ist. Das Recht der Kompensation wird dadurch dem Rechnungsleger selbstverständlich nicht geschmälert; deshalb trifft der Einwand von Canstein a. a. O. S. 74 nicht zu.

[47] Vgl. Klewitz S. 33f., Canstein a. a. O. Nr. 9, dazu Menger a. a. O. S. 259 N. 10. Auch in der Form der Widerklage (§ 234 ZPO., § 96 JN.) wird diese Feststellung begehrt werden können, da die Voraussetzungen eines Zwischenantrages auf Feststellung im Sinne § 236, bezw. § 259 ZPO. gegenüber der Leistungsklage des Mandanten nicht zutreffen.

[48] Vgl. Slg. 14868. Mit Rücksicht auf das dem Mandanten jederzeit (siehe oben S. 595) zugestandene Erkundigungsrecht mag aber unter Umständen auch konkurrierendes Verschulden auf seiner Seite anzunehmen sein: vgl. Slg. 1384.

[49] Vgl. Slg. 13155.

[50] Es ist eine unhaltbare Konsequenz der übermäßigen Betonung der „akzessorischen" Natur der Rechnungslegungspflicht, wenn man gesagt hat, „der Anspruch auf Rechnungsstellung

Wie alle konkreten Ansprüche aus dem Bevollmächtigungsvertrage geht auch die Rechnungslegungspflicht auf die Erben des Mandatars über. Allerdings kann sich hier leicht der Fall ergeben, daß den Erben ohne ihr Verschulden die Rechnungslegung tatsächlich unmöglich ist.[51]

Auch bezüglich der Verjährung unterscheidet sich der Anspruch auf Rechnungslegung nicht von anderen Ansprüchen aus dem Obligationsverhältnisse.[52] Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, da das Recht „an sich schon hätte ausgeübt werden können" (§ 1478). Das ist — von besonderen Vertragsbestimmungen über Termine der Rechnungslegung abgesehen — der Zeitpunkt, in welchem die betreffende Geschäftsführung, oder falls diese sich in gewisse Phasen zerlegen läßt, die betreffende Gruppe von Geschäften abgeschlossen ist, über welche Rechnung zu legen war.[53]

e) Das Interesse und das Recht des Geschäftsherrn geht nicht bloß auf Wahrheit der in der Rechnung gegebenen Auskünfte, sondern auch auf Vollständigkeit der einzustellenden Posten, u. zw. wie oben bemerkt, nicht bloß auf Seite der Einnahmen, sondern auch der Aus-

---

hört auf, sobald feststeht, daß der Rechnungssteller weitere Auskunft nicht geben kann", gleichviel ob verschuldeter oder nicht verschuldeter Weise, denn die Rechnungslegung habe „einen selbständigen Wert" überhaupt nicht; so nach Vorgang Bährs S. 270ff. Monroy a. a. O. S. 165f., Fischer Lehrb. des preuß. Pr. R. S. 304, Dernburg S. 88 (s. aber S. 91 Z. 6), Klewitz S. 22, Treitel S. 36. Vgl. dagegen Slg. 14868 und 13155, auch D. Mot. II S. 537: „Die praktischen Schwierigkeiten, daß die Liquidation des Interesses oft nur geringen Erfolg verspricht, . . . treten gegen die Wichtigkeit und Bedeutung der Vorschrift (der Rechnungslegungspflicht) zurück". — Richtig ist anderseits, daß die Einrede des Geschäftsherrn aus dem Rechenschaftsanspruch gegenüber der Klage des Geschäftsführers (s. oben S. 596), da sie eben nicht einen Anspruch auf Gegenleistung verfolgt, nicht durch die Unmöglichkeit der Erfüllung zur peremtorischen wird, wie die exceptio non adimpleti contractus (vgl. die Entsch. bei Manz § 1052 N. 6).

[51] So auch die Praxis, s. Slg. 14700, 14061, 8443 und Manz § 548 N. 5. Für den geschäftsführenden Gesellschafter ist die Vererblichkeit in § 1206 ausdrücklich anerkannt. — Beruhte allerdings die Unmöglichkeit, Rechnung zu legen, auf Verschulden des Erblassers, so hätten die, wenngleich persönlich schuldlosen, Erben die Verantwortung dafür zu tragen.

[52] Wenn hier gewöhnlich, wieder mit Rücksicht auf dessen „Akzessorietät", hervorgehoben wird, daß der Anspruch auf Rechnungslegung mit dem „Hauptanspruch" (auf Herausgabe oder Schadenersatz) verjähre — so z. B. Dernburg S. 87f., Treitel S. 39f. oder Slg. N. F. 1951 — so ist dies nicht unrichtig, kann aber füglich von jedem einzelnen aus einem Obligationsverhältnisse entspringenden Anspruche gesagt werden. Im Gegenteile sollte hier vielleicht hervorgehoben werden, daß die Geltendmachung des Rechnungslegungsanspruches, da dessen Erfüllung erst die Anstellung der „Hauptklage" möglich machen soll (s. oben S. 590), den Beginn der Verjährung auch des letzteren hemmen kann.

[53] Denn, unbeschadet des Rechts, auch schon früher Auskunft zu begehren, kommt jedenfalls zuletzt der Anspruch auf Schlußabrechnung in Betracht. Siehe auch Le Jolis p. 351 s., Klewitz S. 44ff.

gaben. Um ihm in dieser Richtung Sicherheit zu gewähren, knüpfen neuere Gesetze, so § 259 des deutschen BGB., an die Rechnungslegungspflicht unmittelbar die Verpflichtung des Geschäftsführers, die Vollständigkeit seiner Angaben durch Offenbarungseid zu bekräftigen.[54] Im ABGB. fehlt dieser Beisatz. Aber Art. XLII EG. z. ZPO.[55] verfügt: „Wer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ein Vermögen oder Schulden anzugeben verpflichtet ist .... kann mittelst Urteils dazu verhalten werden .... einen Eid dahin zu leisten, daß seine Angaben richtig und vollständig sind." Daraus ist für das geltende Recht zu folgern: Wenn, aber auch nur dann, wenn die Geschäftsbesorgung sich als „Vermögens"-Verwaltung darstellt, d. i. wenn sie Einnahmen und Ausgaben von einigermaßen bedeutenderem Umfange durch die Hand des Mandatars leitet, hat der Mandatar auf Verlangen seine Rechnungslegung durch den Offenbarungseid zu bekräftigen.[56] Die Klage auf Ablegung dieses Eides kann mit der Klage auf Rechnungslegung selbst kumuliert werden, wenn die prozessualen Voraussetzungen (§ 227 ZPO.) vorliegen.

Zusatz. Ob und wie weit eine **allgemeine Rechnungslegungspflicht** besteht, oder ob diese als singuläres Recht auf die Fälle beschränkt bleiben muß, für welche sie im Gesetze positiv statuiert ist, darüber sind sich Theorie und Praxis des österreichischen Rechts nicht ganz klar.[57] Solange man die Rechnungslegung lediglich vom prozessualen Standpunkt, insbesondere als die Grundlage eines eigenartigen Bemängelungsverfahrens („Rechnungsprozeß") betrachtet, liegt es in der Tat nahe, überall, wo ein Rechtsverhältnis die Aufstellung einer

[54] § 259 BGB. beschränkt den Eid allerdings — der Bährschen Theorie folgend (s. oben N. 15) — auf die Vollständigkeit der Einnahmen; die Fassung des für das österr. Recht maßgebenden Art. XLII EG. z. ZPO. gibt zu dieser Einschränkung keinerlei Veranlassung.

[55] Im Anschlusse an §§ 219 f. AGO. und das gemeine sowie das preuß. Recht; vgl. Ullmann Das österr. Zivilprozeßrecht S. 373, Grünhut S. 236, Bähr S. 267 ff., Dernburg Pr. R. II S. 112.

[56] Wird der so interpretierte Art. XLII zit. mit der Rechnungslegungspflicht des Mandatars in Verbindung gebracht, so führt er im wesentlichen zu demselben Ergebnisse, wie die in § 259 BGB. aus guten Gründen (vgl. Denkschr. zum Entw. S. 45, Treitel S. 42 f.) verfügte Ausschließung der Manifestationspflicht „in Angelegenheiten von geringer Bedeutung". — Unbegründet scheint die grundsätzliche Ablehnung der Anwendung des Art. XLII zit. auf die Rechnungslegung in der Entsch. Slg. N. F. 1152; dagegen wohl auch Krainz-Ehrenzweig II S. 9 N. 57.

[57] Aber auch für das neue deutsche Recht bemerkt Dernburg S. 88: „Es ist nicht zu erwarten, daß der Streit unter der Herrschaft des BGB. völlig erlöschen wird". Planck zu § 259 N. 1, Crome I S. 600 N. 20 führen die im BGB. erwähnten Fälle der Rechenschaftspflicht nur als „Beispiele" an; nicht so, wie es scheint, Schollmeyer Komm. zu § 259.

Rechnung mit sich bringt, auch von Rechnungslegung im technischen Sinne mit ihren gesetzlich normierten Rechtsfolgen zu sprechen. Daher die weitgehende gemeinrechtliche Lehre, daß „jeder, welcher fremdes Vermögen in Händen" oder „herauszugeben" hat,[58] gleichviel infolge welcher Umstände, zur Rechnungslegung verbunden sei, eine Lehre, die beispielsweise auch das sächs. GB. § 1393 beeinflußt hat: daher auch die in der österreichischen Judikatur auftauchende Tendenz, die Rechnungslegungspflicht nicht bloß nach Analogie der einzelnen gesetzlich normierten Fälle auszudehnen, sondern schlechtweg überall zu statuieren, wo irgend eine Herausgabe fremden Vermögens oder irgend eine Abrechnung von Ansprüchen und Gegenansprüchen in Frage kommt.[59] — Anders, wenn die Rechnungslegung als materielle Leistung, als eine besondere Gestaltung der Rechenschafts- oder Auskunftserteilung erkannt ist.[60] Um eine solche Verpflichtung anzunehmen, genügt nicht jedwedes Verhältnis, das eine Herausgabepflicht oder die Aufstellung irgend einer Rechnung im Gefolge hat; eine solche Verpflichtung setzt notwendig ein konkretes Rechtsverhältnis als causa voraus, vermöge dessen der eine dem anderen über das eigene Tun und Lassen Rechenschaft schuldet.[61] Daß dies zutrifft, wird füglich nicht nur für die Fälle zu behaupten sein, wo eine gesetzliche Bestimmung expressis verbis Rechnungslegungspflicht normiert,[62] aber doch nur dort, wo der in diesen Einzelbestimmungen sich ausprägende allgemeine Gedanke Platz findet. Und das sind, wenn man die einschlägigen Stellen des ABGB. überblickt, nur die Fälle beauftragter oder unbeauftragter Vermögensverwaltung für fremde (oder gemeinsame) Rechnung.[63] Denn unter diesem Gesichtspunkte schreibt das Gesetz Rechnungslegung[64] vor:

[58] Schweppe Röm. Pr. R. I § 209, Seuffert Prakt. Pand. 4. Aufl. II S. 271 N. 1, Bähr S. 256. Gegen die frühere ausdehnende Tendenz der Praxis des preußischen Rechts siehe Rocholl S. 222 und 228 ff., vgl. Treitel S. 19 ff., Dernburg Pr. R. II S. 110 f.

[59] So Slg. 9163, 12076 und untere Instanzen Slg. 9630, 10284, 10334, 12392 und 13155.

[60] Daß erst diese die Umkehrung der Beweis- und Substantiierungspflicht, in welcher die Rechnungslegungspflicht gipfelt, motiviert, siehe oben S. 590 f. Mit Recht hat das DRG. X S. 214 gesagt, das bloße Interesse des Klägers, weil der Geklagte besser als er imstande sei, über die Verhältnisse Auskunft zu geben, genüge nicht, um letzterem die Rechnungslegung anzusinnen.

[61] Treffend Slg. 10334: Eine „Rechnung" im Sinne des Gesetzes setze „die Verpflichtung des Rechnungslegers zur Klarlegung und Rechtfertigung seines Gebarens" voraus.

[62] Ob die Aufzählung bei Krainz I S. 8 als taxative gemeint, ist nicht recht zu ersehen.

[63] Vgl. Rocholl S. 228 f. Es ist interessant, daß das amtliche Register zum ABGB. s. v. „Rechnungslegung" nebst der Vormundschaft die im Texte angeführten Paragraphen unter der Bezeichnung „Verwaltung eines anderen fremden oder gemeinschaftlichen Gutes" zusammenfaßt. Auf eine geführte „Verwaltung" stellen auch ab die Entsch. Slg. 10284, 12392 und N. F. 1951; ebenso § 259 deutsches BGB., was Isay S. 130, Ortmann Komm. S. 21 erweiternd als „Geschäftsführung" interpretieren, während Treitel S. 33 noch weiter geht.

[64] Aus den Fällen, wo das Gesetz eine Pflicht zur Errichtung eines In-

dem Mandatar (§ 1012, vgl. Art. 361 HGB.), dem Vormund oder Kurator (§§ 238 ff., 263, 282), dem Vater bezüglich des Kindesvermögens (§ 150), dem Ehemann bezüglich des Paraphernalgutes (§ 1239), dem geschäftsführenden Gesellschafter (§§ 1198 ff.), dem negotiorum gestor (§ 1039), dem Teilhaber einer communio überhaupt (§§ 830, 837),[65] und dem Haupt- gegenüber dem Noterben (HfD. v. 27. März 1847, Nr. 1051 JGS.).[66] Diesen Fällen positiv statuierter Rechnungslegungspflicht[67] lassen sich demgemäß etwa noch anreihen: Der Testamentsexekutor (arg. § 816: „als ein Machthaber"), der Erbschaftsverkäufer (§ 1281),[68] wohl auch der unredliche Besitzer eines fremden Vermögens (arg. § 336, wonach derselbe in Ansehung seiner Impensen als Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln ist),[69] endlich Fälle, in welchen jemand vertragsmäßig die Verpflichtung zur Auskunftserteilung über gewisse Tatsachen übernommen hat.[70] Dagegen fehlt es m. E. an jedem Anhaltspunkte im ABGB., auch dem redlichen Besitzer als solchen[71] die Rechnungslegungspflicht aufzuerlegen oder etwa aus jedem Kontokorrentverhältnisse[72] oder Lohnvertrage[73] oder Werkverdingungsvertrage[74] diese Verpflichtung abzuleiten.[75]

---

ventars ausspricht, sind keine Schlüsse auf Rechnungslegungspflicht zu ziehen; siehe namentlich Klewitz S. 9 ff. und 66.

[65] Auch einer sog. „communio incidens"; die diesbezüglichen Zweifel — siehe Treitel S. 20, Crome I S. 600 N. 22, Schollmeyer Komm. S. 53 — können wohl angesichts § 825 (in Verbindung mit § 830) für das österr. Recht nicht aufkommen. Vgl. Krainz II S. 381.

[66] Im Hinblick auf § 786 nur ein Spezialfall der communio.

[67] Den Sequester übergehe ich hier, weil dessen Rechnungslegung (zum Unterschiede vom älteren Rechte, § 297 AGO.) in der EO. §§ 115 ff. durchaus als Sache des Offizialverfahrens geregelt erscheint (vgl. Reg. Motive S. 179). — Von den im deutschen BGB. noch einzeln normierten Fällen (s. die Übersicht bei Treitel S. 3 ff.) kann der des nutzungsberechtigten Pfandgläubigers (§ 1214 BGB.) vermöge § 1372 ABGB. nicht in Betracht kommen.

[68] Vgl. Unger Erbrecht S. 226 N. 13.

[69] Ähnlich für das deutsche BGB. Dernburg S. 89, Treitel S. 31, für das preußische Recht Treitel S. 22, siehe aber Förster-Eccius I S. 253 f.

[70] So scheint der Oberste Gerichtshof den Fall Slg. 9163 aufgefaßt zu haben.

[71] Über die rechtspolitischen Gründe der verschiedenen Behandlung des redlichen und des unredlichen Besitzers und der Heranziehung der Grundsätze der negotiorum gestio für die Beurteilung des letzteren, nicht aber des ersteren s. Schey in der Festschrift für Unger S. 477 ff.; vgl. übrigens auch Monroy a. a. O. S. 165 f.

[72] Vgl. Slg. 12076.

[73] Vgl. Slg. 13155. Auch für „partiarische" Lohnverträge (im Gegensatze zum Gesellschaftsvertrage) gilt dasselbe; vgl. Crome Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 220 ff., Dernburg S. 89, Slg. N. F. 1951.

[74] Richtig Slg. 9630, 10284, 10334 (siehe dagegen Slg. 9163, oben N. 70); vgl. auch Klewitz S. 68. — Anders natürlich, wenn mit dem Lohnvertrag eine Geschäftsführung verbunden ist, in welchem Falle nach § 1159 eben auch die Normen des Mandats zur Anwendung kommen (vgl. oben § 69 N. 26); im WgalGB. III § 278 war gerade die Rechnungslegungspflicht als Folge dieser Kombination hervorgehoben.

[75] Bedenklich scheint auch die Anwendung der Vorschrift des § 1012 über die Rechnungslegung auf Sparkassen, Slg. N. F. 1563.

§ 81.

8. Die Zuziehung von **Hilfspersonen** zur Ausführung des Auftrages führt auf viererlei Fragen: a) die Berechtigung (Ermächtigung) und b) die Verpflichtung des Mandatars zur Verwendung von Hilfspersonen, c) die Haftung des Mandatars für diese und d) das Rechtsverhältnis dieser Hilfspersonen zum Mandanten.

Für jede dieser Fragen ist vorerst von Wichtigkeit die Unterscheidung zweier Arten von Hilfspersonen: des „Substituten" und des „Gehilfen" i. e. S.[1]

Dem „Substituten" überträgt der Mandatar den Auftrag, er stellt ihn dem Auftraggeber als Ersatzmann, der an seiner statt die Geschäftsbesorgung übernimmt, d. h. ihm nicht bloß Gestionsakte, sondern die Gestionshaftung abnimmt;[2] der Mandatar seinerseits erfüllt nicht durch den Substituten,[3] sondern durch die Substitution, nicht durch den Bestellten, sondern durch die Bestellung, und wird somit schon durch diese seiner Verbindlichkeit ledig.[4]

[1] Ich gebrauche diese Namen, weil sie den zu erörternden Gegensatz sprachlich gut ausdrücken und in der Literatur, wenngleich nicht ohne Schwankungen, in diesem Sinne aufgenommen sind; s. schon Goldschmidts grundlegende Abhandlung „über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen", Ztschr. für HR. XVI S. 288 f., vgl. Unger Handeln auf eig. Gefahr S. 60 N. 16, Stubenrauch zu § 1161, und nunmehr die Literatur zu § 664 deutsch. BGB. (siehe unten N. 6). Der älteren österr. Rechtssprache gemäß wäre „Stellvertreter" das Wort für das, was (auch schon PrALR. I 13 §§ 39 ff.) hier „Substitut" im Gegensatze zum „Gehilfen" genannt wird, vgl. § 1010, Zeiller III S. 284, Ofner II S. 567, während jetzt „Stellvertreter" einen anderen prägnanten Sinn bekommen hat, vgl. oben § 62 N. 11. Auf den Namen kommt es bei der ganzen Frage natürlich nicht an; am allerwenigsten darf aus dem im einzelnen Falle von den Parteien (oder auch in einem Gesetze) gebrauchten Ausdrucke „Substitut", „substituieren" schon geschlossen werden, daß damit mehr als ein „Gehilfe" im Sinne des Textes gemeint sei, vgl. unten N. 27.

[2] Eine Sukzession in die Verpflichtung ist dies allerdings nicht, wie es Hasenöhrl II S. 179 N. 25 aufzufassen scheint, auch keine Delegation, wie Schreiber Der Arbeitsvertrag S. 16 andeutet.

[3] So mit Unrecht Löwenfeld Gutachten aus dem Anwaltstande S. 876 f.

[4] Daß der Mandatar durch die Substitution i. e. S. aus der Obligation ausscheidet, hat bereits Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen (1861) S. 26 ff. betont; davon geht wohl auch das neue deutsche Recht aus, vgl. Planck Komm. II S. 413, D. Mot. II S. 532 f., Protokolle II S. 355, auch Troplong Nr. 484: „le mandataire est décharge: il s'efface". Wenn andere dies bestreiten (wie Goldschmidt a. a. O. S. 301 N. 7, Ortmann Komm. zu § 664 S. 397, Crome II S. 625, vgl. noch unten N. 6 und 8), so kann das, will man nicht um das Wort „Substitut" streiten, nicht für „unrichtig" erklärt werden; aber m. E. hat eine Unterscheidung zweier Hauptarten von Hilfspersonen mit Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen einigen Wert nur, wenn die Grenzlinie eben so gezogen wird, wie dies im Texte geschieht. Vgl. auch die folgende Note.

Des „Gehilfen" dagegen bedient sich der Beauftragte, um durch dessen Mitwirkung den Auftrag *selbst* auszuführen: der *Leistende* und der für die Ausführung *Haftende* bleibt der Mandatar.

Dieser Gegensatz, nicht aber, ob der Beauftragte das übernommene Geschäft ganz oder nur teilweise durch den Dritten ausführt,[5] ist hier rechtlich bedeutsam. Und diese Scheidung der Begriffe „Substitut" und „Gehilfe", die in der neueren Theorie immer mehr Fuß faßt[6] und im *deutschen* BGB. (§ 664) zu klarem Ausdruck gelangt ist,[7] kommt auch in den Normen des ABGB. zur Geltung.

Vom „Substituten" handelt die Regel des § 1010; vom „Gehilfen" in der Erfüllung der Verbindlichkeit gilt die Regel des § 1315.[8]

---

[5] So *Löwenfeld* a. a. O. S. 376, *Titze* Die Unmöglichkeit der Leistung S. 88, *Grünhut* S. 312; dagegen mit Recht *Jhan* S. 114 f. Begrifflich ist die Bestellung eines „Gehilfen" für die ganze Geschäftsführung ebenso möglich, wie die eines „Substituten" für einen Teil derselben, vgl. unten bei N. 22. — Die Unterscheidung, wonach „der Substitut das Geschäft selbständig besorgt, während der Gehilfe unter der Leitung eines anderen steht" *Planck* a. a. O. S. 414, *Crome* II S. 624 N. 23 führt wohl auf den hier vertretenen Gedanken hinaus.

[6] Früher, z. B. *Wyß* Die Haftung für fremde Culpa (1867) S. 87 ff., unbeachtet oder, noch von *Goldschmidt* a. a. O. S. 289 N. 4, für bedeutungslos erklärt, findet sich die Unterscheidung seit *Brinz* P. II S. 278 ff. immer häufiger — innerhalb des Begriffs der „substitution" auch bei den Franzosen, siehe *Troplong* Nr. 483 bis 485, *Guillouard* p. 442 s., *Le Jolis* p. 279 u. 408 s. — nunmehr aber allgemein, wenn auch nicht in sicherer Abgrenzung (siehe namentlich unten N. 28 im Anschluß an die §§ 664 und 278 *deutsch*. BGB., z. namentlich *Laband* Archiv für die ziv. Praxis LXXIV S. 328 f., *Endemann* I § 173 N. 16, *Crome* II S. 624 N. 23, *Krückmann* Institut. S. 109 f., *Schollmeyer* S. 68, *Planck*, *Ortmann* u. A. zu § 664. — Von unseren Schriftstellern deuten auf den Gegensatz von „Stellvertreter" (z. oben N. 1 und „Gehilfen" hin — allerdings, ohne die richtigen Konsequenzen zu ziehen — bereits *Zeiller* III S. 284, *Nippel* VII S. 79, *Ellinger* zu § 1010, neuestens *Stubenrauch* zu § 1161, während *Schreiber* Der Arbeitsvertrag S. 64 ff. (z. jedoch S. 71), aber auch *Krainz-Ehrenzweig* II S. 286 darüber hinweggeht (indem da nur die Übertragung bloßer „Vorbereitungshandlungen" von der „Substitution" im Sinne des § 1010 ausgeschlossen wird).

[7] Deutlich war aber schon im PrLR. I 13 §§ 39 und 46 der „Substitut" und der „Gehilfe" geschieden: nicht minder steht schon im Cod. Ther. III 15 Nr. 31 ff. der „Afterbestellte", für dessen Handlungen der Bevollmächtigte, von culpa in eligendo abgesehen, „in nichten verfänglich" ist (an der dem § 1010 entsprechenden Stelle), weit weg von den „böien Leuten", deren sich jemand „in seinen Verrichtungen bedient", III 1 Nr. 37 (entsprechend den §§ 1313 und 1315).

[8] Unsere Schriftsteller beziehen die §§ 1010 und 1161 sowie §§ 1313 und 1315 gleichmäßig auf alle Gehilfen i. w. S. — wonach § 1010, je nach der Auffassung, die man von § 1315 hat (vgl. unten c, β), entweder eine Wiederholung oder eine Ausnahme von der Regel des letzteren ergibt, ohne daß der Grund zu ersehen wäre (z. auch unten N. 22 und 23) — so, trotz der Andeutung der zwei Arten „Stellvertreter" und „Gehilfen" (oben N. 6 *Zeiller* III S. 284 und

Ersteres lehrt schon die Ausdrucksweise des § 1010, der von der Bestellung eines „Stellvertreters" durch den Mandatar spricht, einer weiteren „Auftragung"[9] des Geschäfts an einen Dritten — WgalGB. III § 110 hatte das „Bestellung eines Afteranwaldes" genannt:[10] die oben gegebene Charakteristik der Substitutenbestellung aber ist unverkennbar, wenn man die Parallelstelle in dem Hauptstücke vom Lohnvertrag, § 1161, ins Auge faßt. Diese steht dort charakteristisch unter der Marginalrubrik „Erlöschung des Lohnvertrages";[11] sie meint also Übertragungen des Geschäfts an einen andern, durch welche der Bestellte aus der Vertragspflicht ausscheidet,[12] nicht die Verwendung von Gehilfen zur Ausführung derselben. Daß anderseits § 1315 bei der „Bestellung von Personen zu einem Geschäfte" an „Gehilfen" in letzterem Sinne denkt, macht dessen Zusammenhang mit dem vorhergehenden wie dem nachfolgenden Paragraphen zweifellos. Mit der Regel aber, die er aufstellt, will eine allgemeine Norm gegeben sein nicht bloß für die Deliktshaftung, sondern auch für die Haftung bei Erfüllung vertragsmäßiger Verbindlichkeiten durch Gehilfen.[13]

Auf dieser Grundlage sind nun die oben angedeuteten Fragen zu stellen:

a) Die Frage der Berechtigung des Mandatars bedeutet, soferne es sich um die Verwendung von „Gehilfen" i. e. S. handelt, nichts

506, Nippel VII S. 428 f., Winiwarter IV S. 379, Randa Haftung der Eisenb.-Unternehm. S. 7 N. 5, S. 20 f. N. 24 und früher (3. Aufl. Krainz II S. 256 f. und 282. Ganz richtig ist das Verhältnis von § 1313 und §§ 1010 und 1161 erkannt bei Goldschmidt a. a. O. S. 376, minder scharf bei Schreiber a. a. O. S. 67 und 71 siehe aber S. 16), bei Strubenrauch II S. 232 (s. aber S. 440) und Dniestrzanski Das Wesen des Werklieferungsvertrages S. 69.

[9] Ganz so ist im PrLR. I 13 § 38, sächs. GB. §§ 1307 f., BGB. § 664 von „Übertragung" des Auftrags oder Geschäfts die Rede, im Cod. Ther. a. a. O. Nr. 31 von „Bestellung eines Dritten anstatt seiner": vergleiche dazu Ofner II S. 565.

[10] Vgl. auch Buchner S. 66. — Wie der Mieter durch den „Aftermieter" sein Recht ausübt, so erfüllt der Mandatar seine Pflicht durch die „Afterbestellung"; über, bezw. gegen die Gleichstellung dieser beiden Arten von „Gehilfen" i. Goldschmidt a. a. O. S. 288 f., Ubbelohde Ztschr. für H. R. VII S. 216 ff., Unger a. a. O. S. 17 f. N. 9.

[11] Vgl. auch Schreiber a. a. O. S. 48. In ganz anderem Zusammenhange war die Frage an der entsprechenden Stelle des Cod. Ther. III 12 Nr. 36 und Entw. Horten III 12 § 95) behandelt, nämlich, parallel mit der Aftervermietung (vgl. oben N. 10), als „Verdingung fremder Dienste und Arbeiten".

[12] S. oben N. 4.

[13] Wenngleich die §§ 1313 bis 1316 praktisch „vorwiegend die Haftung für Delikte von Gehilfen im Auge haben" mögen (Pfaff Gutachten über die Revision des 30. Hauptstückes S. 68 und 88); vgl. dazu oben S. 417 f. N. 17, Randa a. a. O. N. 5.

anderes als die Frage, ob er verpflichtet erscheint, den Auftrag durchaus persönlich auszuführen, also Auslegung des Auftrags.

Bezüglich eines „Substituten" ist die Frage nicht bloß, ob der Mandatar einen solchen bestellen darf, sondern ob er das kann.[14] Soll doch die Substitution bewirken, daß der Mandatar seinerseits seiner Mandatspflicht entbunden und der Substitut vom Auftraggeber als dessen Ersatzmann in der Geschäftsführung anzunehmen sei — also eine Frage der Ermächtigung, und, soferne diese Geschäftsführung durch ein Handeln im Namen des Geschäftsherrn nach außen hin wirken soll, eine Frage der Vollmacht; denn die Fähigkeit, den Substituten zum Vertreter seines Machtgebers zu machen, kann dem Mandatar nur durch die eigene Vollmacht gegeben sein.[15]

Für die Substitution, und nur für diese, spricht nun § 1010 aus, daß sie dem Mandatar regelmäßig nicht zusteht.[16] Dem Wesen des Bevollmächtigungsvertrages entsprechend, ist die Leistung jedenfalls eine höchst persönliche in dem Sinne, daß der Beauftragte die Ausführung nicht ganz aus der Hand geben darf. Er hat daher weder das Recht, noch die Macht, durch Stellung eines Ersatzmannes sich aus dem Verpflichtungsverhältnisse herauszuziehen. Mit der (unbefugten) Übertragung des Geschäftes an einen Substituten hat er seine Vertragspflicht nicht erfüllt,[17] sondern nach wie vor „haftet er ganz allein für den Erfolg" (§ 1010). Zur Substitution ermächtigt ist der Machthaber nur, wenn sie ihm im Vertrage „ausdrücklich gestattet" ist,[18]

[14] Vgl. Brinz II S. 775 f. und oben S. 429, „Substitutionsmacht" des Mandatars: Hupka Die Vollmacht § 20.

[15] Deshalb spricht § 1010 mit Recht von der Gestattung der Substitution „in der Vollmacht": vgl. die Bestimmung der AGO § 416 über die Aufnahme der Substitutionsbefugnis in die Advokatenvollmacht, bezw. jetzt § 31 ZPO.: „Der Advokat kann die ihm erteilte Prozeßvollmacht . . . übertragen".

[16] Ebenso das deutsche BGB. § 664 und fast alle neueren Gesetze, s. Hupka a. a. O. S. 349 N. 1. Für das römische Recht wird allgemein das Gegenteil gelehrt (vgl. nur Wuß a. a. O. S. 91 f.), ob mit Recht, wird von Hupka a. a. O. S. 346 ff. aus guten Gründen bezweifelt.

[17] Weder gut noch schlecht, sondern zunächst gar nicht, vgl. auch Schreiber a. a. O. S. 13; erst die tatsächliche Geschäftsführung des Bestellten kann dem Erfolge nach den Mandatar liberieren oder auch haftbar machen. Insofern kann man sagen, der vermeintliche „Substitut" fungiert hier als einfacher „Gehilfe" des Mandatars.

[18] „Ausdrücklich" heißt wohl auch hier nur so viel wie: in zweifelloser Weise, vgl. Pfaff Die Klausel R. s. st. in der Festschrift für Unger (1898) S. 327 (warum § 1010 durch Art. 278 HGB. derogiert sein soll, wie Saxl Gell. ZBl. VII S. 140 will, ist daher nicht recht einzusehen; schon die Erwägung, daß für alle Instruktionen erst noch die Frage bleibt (siehe oben S. 551 f.), ob nicht deren Überschreitung durch die Umstände gerechtfertigt oder geboten erscheint, verbietet es, § 1010 in diesem Punkte allzu buchstäblich zu verstehen. (Auch für § 664 deutsch. BGB. wird auf diesen Gesichtspunkt

oder bei Gefahr im Verzuge,[19] wenn ihm die persönliche Besorgung schlechterdings unmöglich wäre.[20] Es ist keine Durchbrechung dieser Grundsätze,[21] daß nach § 31 ZPO. die „Prozeßvollmacht" des Advokaten kraft Gesetzes „übertragen" werden kann — nicht weil diese gesetzliche Ermächtigung nur „für einzelne Akte oder Abschnitte des Verfahrens" gilt, sondern weil sie, wie die formale Abgrenzung der Prozeßvollmacht überhaupt, lediglich die Vollmacht in ihrer Wirkung gegenüber dem Gericht und dem Gegner regelt, nicht aber die Verpflichtungen des Advokaten gegenüber seinem Klienten, für die nach wie vor die Normen des bürgerlichen Rechts über den Auftrag maßgebend sind, so auch § 1010.[22] Noch weniger erscheint § 14 AO.[23] als eine Ausnahme von dem Prinzipe des § 1010.

Für die Frage der Verwendung von Gehilfen bei eigener Ausführung des Auftrages sagt § 1010 nichts:[24] maßgebend bleibt nur der allgemeine Gedanke (§ 1009), daß der Mandatar befugt ist, „alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes verbunden" sind. Praktisch führt das, im Gegensatze zu der verbietenden Regel

hingewiesen, Planck § 664, 1 a, Ortmann S. 396.) — „An der Unwiderruflichkeit einer solchen im Interesse des Schuldners gegebenen Ermächtigung (zur Substitution) ist wohl nicht zu zweifeln": Unger a. a. O. S. 60 f. N. 19. Anderseits bedeutet diese Ermächtigung nicht notwendig, daß der Mandatar nach Willkür von ihr Gebrauch machen könne.

[19] PrALR. I 13 § 47: „Bei eintretenden persönlichen Verhinderungen zur Besorgung eines Geschäfts, welches keinen Verzug leidet" vgl. auch § 1025). Zu demselben Ergebnis gelangt man auch vom Standpunkte der Auslegungsregel des deutschen BGB. § 664, vgl. Hupka a. a. O. S. 352 f. — Daß in erster Linie, falls die Zeit dazu genügt, dem Mandanten von der eigenen Verhinderung Anzeige zu machen ist, damit dieser eventuell selbst einen anderen beauftrage, ergibt sich aus der allgemeinen Treupflicht des Mandatars, siehe oben S. 552 f., vgl. Zeiller III S. 506.

[20] D. i. Unmöglichkeit nicht bloß selbst zu handeln, sondern sich überhaupt mit der Sache (z. B. durch Beaufsichtigung) zu befassen: sonst wäre Grund allenfalls zur Beiziehung von „Gehilfen", nicht aber zur Bestellung eines Ersatzmannes gegeben.

[21] So Hupka a. a. O. S. 354, Pollak Syst. des österr. ZPr. I S. 162 N. 27; auch (betreffend das Verhältnis des § 81 RZPO. zu § 664 BGB.) z. B. L. Seuffert Komm. zur ZPO. I S. 140.

[22] Richtig Tilsch Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 245, Skedl Das österr. Zivilprozeßrecht I S. 279 f. — Die „Substitution", von welcher § 31 ZPO. spricht, ist daher nicht in dem technischen Sinne des Textes zu verstehen; vgl. unten N. 27.

[23] Wonach der Advokat „im Verhinderungsfalle einen anderen Advokaten unter gesetzlicher Haftung substituieren" darf — eine Bestimmung, die weiter reicht, als die des § 31 ZPO., da sie sich auf Substitution im vollen Sinne des Wortes bezieht (daher auch) nicht als derogiert gelten kann, vgl. diesbezüglich gegen Stubenrauch II S. 232 N. 4 Skedl a. a. O. S. 314 f. N. 23), aber auch mit § 1010, 1. Satz im Einklang steht.

[24] Ebensowenig § 1161, vergleiche Schreiber a. a. O. S. 52 f.

des § 1010, wohl zu dem Satze, daß die Zuziehung von Gehilfen dem Mandatar in der großen Mehrzahl der Fälle gestattet sein muß.[25]

b) Soweit er dazu ermächtigt ist, ist der Mandatar auch verpflichtet zur Heranziehung von Hilfspersonen, wo dies der „Natur des Geschäftes" oder der „erklärten Absicht des Machtgebers gemäß" am Platze scheint; so insbesondere gegebenen Falles auch vermöge seiner Treuepflicht zur Bestellung eines Substituten, wo die eigene Leistung ihm unmöglich geworden ist.[26]

c) Von größter Wichtigkeit ist die Scheidung zwischen Substituten und Gehilfen in Betreff der Haftung des Mandatars.

α) Für die „Substitution" gibt das Gesetz, § 1010, einen sicheren Standpunkt.

Bei befugter Substitution „verantwortet der Mandatar nur ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden" (culpa in eligendo). Er hat seinen Auftrag schon durch die Bestellung des Substituten ausgeführt, er führt ihn nicht erst durch den Substituten aus;[27] mit anderen Worten, er hat schon geleistet, und es kann nur die Frage sein, ob er gut oder schlecht geleistet hat.[28] Dabei hat er,

[25] Mit Recht hat Laband a. a. O. S. 328 f. bemerkt, dem Mandatar die Befugnis, sich eines „Gehilfen" zu bedienen, „generell zu entziehen, wäre der bare Unsinn"; soll der Mandatar verpflichtet sein, „das Geschäft nicht nur persönlich, sondern ganz allein zu besorgen, so muß dies nach den Umständen oder Abreden des konkreten Falles besonders begründet sein", „gerade umgekehrt" wie bezüglich des Rechts zur Bestellung eines „Substituten".

[26] Grünhut S. 317, Troplong Nr. 471, vgl. auch Nippel VII S. 428. Wenn dies (für das römische Recht) geleugnet wird, von Mommsen Beiträge I S. 85 oder Goldschmidt a. a. O. S. 309, unter Berufung auf das Kündigungsrecht des Mandatars, so trifft dies gewiß für das ABGB. nicht zu, welches das Postulat der Treuepflichtung aufgenommen hat (§ 1025, vgl. oben S. 553), daß auch bei Eintritt eines Erlöschungsgrundes des Mandats doch noch das nötige und mögliche vom Mandatar vorzukehren ist. Ganz im Geiste dieser Pflicht hatte der oben N. 15 zitierte § 416 AGO. verlangt, daß der Advokat eine Vollmacht ohne die Substitutionsklausel gar nicht annehmen solle.

[27] Oben S. 604. Daher auch keine Rede mehr von culpa in custodiendo v. inspiciendo (dazu noch unten N. 30); richtig so, wenngleich nicht mit zureichender Begründung Ortmann S. 396 f. Wo dem Mandatar doch noch eine Überwachung des Bestellten zugedacht ist, handelt es sich eben trotz der Bezeichnung „Substitution" um bloße Gehilfenzuziehung; so allerdings zumeist bei der sogenannten Substitutionsbefugnis des Advokaten, wie Slg. 5979 (vgl. oben N. 22).

[28] Auch eine Gesetzgebung, die in der Normierung der Gehilfenhaftung weiter geht, kann deshalb für die wahre Substitution folgerichtig über die Haftung für culpa in eligendo nicht hinaus (vgl. Unger a. a. O. S. 61, Jhering Jahrb. f. d. Dogm. IV S. 84, Goldschmidt a. a. O. S. 337 f.); so denn auch Zürich. GB. § 1172, schweiz. Obl. R. Art. 397 und jetzt das deutsche BGB. § 664 (vgl. D. Mot. II S. 532 f.) — ohne daß man dies, wie Cosack I

wie überall, für volle Diligenz,[29] aber nicht für mehr zu haften, und die einzige culpa, die ihm zur Last fallen kann,[30] ist naturgemäß fahrlässige Bestellung eines untüchtigen Ersatzmannes. Unter Umständen gehört zu dieser Tüchtigkeit auch die Solvenz des Substituten.[31]

Unbefugte Substitution ist dem Mandanten gegenüber wirkungslos.[32] Nach wie vor bleibt der Mandatar selbst für die Ausführung des Auftrags verhaftet; von dieser Haftung kann er sich nach der allgemeinen Norm (§ 1298) nur durch den Beweis lösen, daß ihm die Erfüllung durch „bloßen Zufall" (§ 1311) unmöglich gewesen wäre. Und das bedeutet, falls der Substitut den übernommenen Auftrag nicht oder nicht gehörig ausführt, daß der Mandatar für jedes Verschulden des Substituten einzustehen hat — da er ja auch gegen sich die Voraussetzung gelten lassen muß, daß er bei eigener Ausführung mit voller Sorgfalt vorgegangen wäre — aber auch für jede vom Standpunkte des Substituten unverschuldete Schädigung des Geschäftsherrn, wenn er nicht dartun kann, daß derselbe Zufall auch den Erfolg der eigenen Geschäftsbesorgung vereitelt hätte.[33] In diesem Sinne haftet er gemäß § 1010 „für den Erfolg" — eine Haftung für „casus mixtus",[34] nicht eigentlich Haftung „für fremdes Verschulden",[35] daher auch über dieses hinausreichend, aber doch auch wieder nicht reine Zufallshaftung.[36]

S. 543, Crome II S. 120, Dernburg II S. 370, Kipp (Windscheid) § 410 S. 748 u. A., als Singularität bezeichnen darf.

[29] Der Zweifel, ob nur „wissentliche" Bestellung eines untauglichen Substituten haftbar mache siehe unten N. 41), kann hier nicht entstehen, wenn man einmal die Substitution von der Verwendung von Gehilfen begrifflich gesondert hat, von welcher allein § 1315 handelt.

[30] Vgl. oben N. 27. — Als Verschulden bei der Bestellung des Substituten kann nur allenfalls noch Versäumnis der Mitteilung der nötigen Instruktionen in Betracht kommen; vgl. D. Mot. II S. 532, Grünhut S. 321, schweiz. Obl. R. Art. 397, dazu Guillouard p. 439.

[31] Dies ein für allemal zu behaupten (Code Art. 1994), dürfte in der Tat zu weit gehen, Wyß a. a. O. S. 92.

[32] Eine Anwendung dieses Satzes gibt § 210, vgl. dazu Brinz II S. 280 f., auch Pfaff a. a. O. S. 84.

[33] „Die unerlaubte Substitution findet natürlich auf Gefahr des Schuldners statt": Unger a. a. O. S. 60 N. 16, Slg. N. F. III 1189, Schoberlechner Der Zufall im Straf- und Zivilrecht S. 154; unrichtig daher Kirchstetter S. 522, Dankwardt S. 100 f. N. 4.

[34] Mit Recht berufen daher Winiwarter IV S. 219, Stubenrauch II S. 232 § 1311 zu § 1010, s. auch Dniestrzanski a. a. O. S. 69.

[35] Wie PrLR. I 13 § 38, vgl. Dernburg Pr. R. II S. 521 N. 8, Förster-Eccius II S. 366 f. N. 94.

[36] So, wie es scheint, § 1308 sächs. GB. Die „Erfolghaftung" nach § 1010 ist — arg. § 965 (vgl. oben § 41 N. 18) — doch nur eine Haftung für casus mix-

γ) Die Haftung für „Gehilfen" in der Ausführung des übernommenen Geschäfts ist nicht durch § 1010 geregelt, sondern unterliegt den, leider nicht so sicheren, allgemeinen Sätzen der §§ 1313 und 1315.[37]

Ist ihm — was, wie oben (zu a) bemerkt, in aller Regel der Fall sein wird — die Verwendung von Gehilfen an sich gestattet, so hat der Mandatar für den Schaden zu haften, wenn er „zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellt": § 1315. Das dürfte so zu verstehen sein: Ist der Gehilfe eine nicht „tüchtige", d. h. allen Anforderungen der in Rede stehenden Geschäftsbesorgung mit Rücksicht auf die besonderen Umstände gewachsene Person, so hat der Mandatar als Besteller für die Folgen zu haften, ohne daß danach zu fragen wäre, ob er diese „Untüchtigkeit" kannte oder voraussehen konnte oder nicht — aber doch nur für Folgen dieser Untüchtigkeit des Gehilfen, also für den Schaden, den dieser eben vermöge seiner Untüchtigkeit gestiftet hat. Kurz, nicht volle Haftung für jedes Versehen des Gehilfen schlechthin,[38] aber doch mehr als bloße Haftung für culpa in eligendo.[39] Ohne das hier näher ausführen zu können, möchte ich meinen, daß diese Auslegung des § 1315 den Bedürfnissen

---

tus, umfaßt also nur denjenigen Zufall, der nicht auch bei korrekter Vertragserfüllung eingetreten wäre, „der sich ohne die Aftervollmacht nicht ereignet haben würde": Zeiller III S. 284. Ebenso muß wohl auch für das deutsche BGB. gesagt werden, vgl. D. Mot. II S. 534. — Am allerwenigsten aber darf diese Haftung gleichsam als Strafe für die unbefugte Weitergebung des Auftrages aufgefaßt und etwa daraus gefolgert werden, daß der Mandatar nun auch dritten Personen schlechthin für jedes Delikt des Substituten hafte, wie Slg. 15878 geurteilt wurde.

[37] An dieser Stelle kann selbstverständlich nicht die ganze Frage der Haftung für Angestellte und Gehilfen erörtert werden — von der M. Rümelin Die Gründe der Schadenszurechnung S. 89 mit Recht bemerkt hat, daß sie, wenn man ihr einmal näher tritt, immer weiter drängt — namentlich die Verantwortlichkeit für Delikte der Gehilfen gegenüber Dritten (vgl. nur aus Anlaß der §§ 278 und 831 deutsch. BGB. Endemann I S. 656 ff. und Liszt Die Deliktsobligationen S. 103 ff.) muß ich ganz beiseite lassen. Wohl aber muß ich ausdrücklich hervorheben, daß ich mit den folgenden Bemerkungen über den an früheren Stellen dieses Buches (oben S. 308 f.) festgehaltenen Standpunkt nunmehr hinausgehen zu müssen glaube.

[38] Wie nach französischem Recht, Art. 1384 Code civ., oder, wenigstens für den Werkvertrag, nach der Behauptung von Schreiber a. a. O. S. 67 ff. (siehe dagegen Unger a. a. O. S. 55 N. 8) oder nach WgalGB. III § 275. Insbesondere also läßt sich aus § 1315 keine Haftung des Prinzipals für Ausschreitungen seines Personales in Geschäften, für die es gar nicht „bestellt" ist, ableiten, vgl. Slg. N. F. 1246.

[39] Ja, auch nicht immer bloß Haftung für culpa des Gehilfen; auch Unfälle, die dem Gehilfen selbst gar nicht als Schuld angerechnet werden können, hat der Besteller zu verantworten, wenn sie sich als Folge seiner Untauglichkeit zu dem Geschäfte, z. B. Krankheit, darstellen.

des heutigen Rechtslebens immerhin nachkommt,[40] ohne doch der lex lata Gewalt anzutun.[41] Zu dieser Haftung aus der Bestellung des Gehilfen gesellt sich dann aber (anders als bei der Bestellung eines Substituten) noch die Haftung des Mandatars, dem ja hier immer noch die Obsorge für gehörige Ausführung des Geschäftes obliegt, für Beaufsichtigung der Tätigkeit des Gehilfen, wie sie nach den Umständen geboten und möglich erscheint (culpa in custodiendo v. inspiciendo).[42]

War die Verwendung von Gehilfen an sich auftragswidrig — worüber wieder § 1315 nichts enthält — so ergibt sich schon aus

---

[40] Darüber ist man einig, daß die Haftung für culpa in eligendo den heutigen Verkehrsbedürfnissen nicht genügen kann; siehe nur Randa Drei Gutachten S. 129, Pfaff ebd. S. 67 ff., Strohal ebd. S. 154, Unger a. a. O. S. 53 ff.

[41] So viel wird sich nicht leugnen lassen, daß der Wortlaut des § 1315 mit nichten zu der, allerdings herrschenden Auslegung (Pfaff a. a. O. S. 68, Strohal a. a. O. S. 154 N. 1, Stubenrauch zu § 1315, Krainz [3. Auflage] II S. 256 N. 9, Unger a. a. O. S. 54 ff. — dagegen aber Krasnopolski Krit. Vierteljahrschr. XXII S. 511, Burckhard II S. 269 f. N. 40) nötigt, welche das Wort „wissentlich" auch zu dem zweiten Satze, der Bestellung einer „untüchtigen Person" zu einem Geschäfte, hinüberzieht. Faßt man letzteren Satz selbständig ins Auge, so gelangt man nun aber in der Tat dazu, in diesem Falle — mit Randa GZ. 1869 Nr. 49 — von jedem Verschulden des Bestellers als Voraussetzung der Haftung abzusehen; doch vermag ich darin nichts weniger als ein argumentum ad absurdum (so Krainz a. a. O.) zu erblicken, weil gerade diese Folgerung in der Richtung einer fortbildenden „interpretatio" liegt. Die Entstehungsgeschichte des § 1315 (Ofner II S. 191 f. und 439 f.) darf solche, mit dem Texte der Gesetzesstelle, wie bemerkt, durchaus verträgliche Interpretation nicht hemmen. In diesem Sinne jetzt auch Mauczka Der Rechtsgrund d. Schadenersatzes (1904) S. 287 ff. (Übrigens ist zu beachten, daß die früheren Fassungen, die allerdings „wissentliche" Verwendung auch der „untüchtigen Person" voraussetzten, ebenso wie PrLR. I 6 § 64, die Deliktshaftung für „Dienstpersonen", „Gesinde" im Auge hatten, daß aber, als Zeiller, offenbar mit dem weiteren Ausblick auf eine Norm für Gehilfen bei der Obligationserfüllung überhaupt, einen eigenen diesbezüglichen Rechtssatz von dem über die Haftung für Dienstpersonen und Hausgenossen loslöste — den jetzigen § 1315 von § 1314 — in ersterem auch schon nicht mehr von „wissentlicher" Bestellung die Rede war.) Pfaffs überaus lehrreiche Darstellung, a. a. O. S. 67 ff., leidet m. E. darunter, daß sie die Beziehung des § 1315 auf die Deliktshaftung allzusehr urgiert (s. oben bei N. 13) und infolgedessen genötigt ist, die Norm für die vertragsmäßige Gehilfenhaftung im § 1010, bezw. § 1161 zu suchen. Dadurch gelangt nicht bloß die Scheidung zwischen Substituten- und Gehilfenbestellung nicht zu ihrem Rechte, sondern ist sofort auch der Weg zur Gewinnung einer ausgedehnteren Verantwortlichkeit des Unternehmers versperrt, weil gerade dort bei erlaubter Heranziehung von Hilfspersonen — und eine solche ist ja zumeist die Verwendung von Gehilfen i. e. S. — die Haftung auf culpa in eligendo im eigentlichsten Sinne des Wortes beschränkt ist.

[42] Pfaff a. a. O. S. 70 f., Ubbelohde Ztschr. für HR. VII S. 263. über die Erweiterung, welche diese Haftung praktisch bei größeren technischen oder sonstigen Unternehmungen (Advokaturskanzlei, Slg. 3311 und 8666) im Hinblick auf § 1299 erfährt, s. oben S. 309.

den Grundsätzen, die bei jedem „casus mixtus" gelten (§ 965) daß der Mandatar schlechthin für alle, auch zufällige, Folgen aufzukommen hat, welche bei Vermeidung fremder Mitwirkung zu der Geschäftsbesorgung nicht eingetreten wären.[43]

In allen Fällen ist die Haftung des Mandatars keine bloß subsidiäre; vielmehr haftet er, soweit der Substitut oder Gehilfe dem Mandanten überhaupt aus eigener Schuld ersatzpflichtig wird, mit diesen solidarisch, unter Wahrung seines Regreßrechtes: arg. § 1313 i. f.[44]

d) Das Verhältnis zwischen Hilfsperson und Geschäftsherrn.

Zunächst treten die Hilfspersonen durch ihre Berufung in ein Rechtsverhältnis zum Mandatar — der Gehilfe i. e. S. in das eines Dienst- oder Lohnvertrages oder auch eines Bevollmächtigungsvertrages, je nachdem er lediglich Besorgungen tatsächlicher Natur übernimmt (als Bote, Schreiber, Konzipient, Handwerker u. dgl.) oder eine stellvertretende Geschäftsführung (Vertretung des Mandatars bei Kauf oder Verkauf, im Prozeß u. a. m.); — der Substitut immer in ein Mandatsverhältnis, denn er übernimmt allemal juristische Arbeit, nämlich die Erfüllung der vom Mandatar geschuldeten Leistung gegenüber dem Mandanten, eine „solutio".[45]

Was hingegen die rechtlichen Beziehungen zum Mandanten betrifft, ist vorerst nur zu bemerken: Nach außen hin erscheint die vom Mandatar berufene Person als Vertreter nicht oder nicht bloß des Mandatars, sondern des Mandanten[46] — soferne sie von ersterem auf Grund seiner Vollmacht ihrerseits mit der Vollmacht ausgestattet werden konnte und ausgestattet wurde, im Namen des ersten Auftraggebers zu handeln.[47] Das aber kann nicht bloß für den Substituten

[43] Goldschmidt a. a. O. S. 319: sie „geschieht, schon um ihrer Rechtswidrigkeit willen, auf Gefahr des Schuldners". Vgl. oben S. 231 f. und 308; Slg. N. F. 1189.

[44] Während die gemeinrechtliche Praxis (vgl. Gruchot XIV S. 351 f.) geneigt war, den Besteller jedenfalls nur subsidiär haften zu lassen, entschieden sich die Kodifikatoren für primäre Haftung, s. Ofner II S. 439 f. Ebenso das deutsche BGB., vgl D. Mot. II S. 532 f.

[45] S. oben S. 515 f.

[46] Allzu subtil unterscheidet hier, wie mir scheint, Hupka S. 356: „Der Substitut ist zwar Stellvertreter des Prinzipals, aber er ist Beauftragter und Bevollmächtigter des Substituten" und S. 359: Das Wesen der Substitutionsmacht liege darin, daß man „imstande ist, jemanden im eigenen Namen zur Vertretung eines anderen zu ermächtigen"; vgl. aber auch Mitteis Die Lehre von der Stellvertretung S. 197.

[47] Ein doppeltes Vollmachtsverhältnis also, siehe Hupka S. 354 f.; aber nicht jede Bestellung eines Bevollmäch-

im eigentlichen Sinne des Wortes zutreffen, sondern auch für den Gehilfen;[48] denn, wie überall Auftrag und Vollmacht auseinander zu halten sind, ist auch hier die Übertragung der Vertretungsmacht nicht gleichbedeutend mit Übertragung der Leistungspflicht aus dem Auftrage, sowie die Gestattung der ersteren nicht gleichbedeutend mit der Ermächtigung zu der letzteren.[49]

Eine davon unabhängige Frage ist es also, ob durch die Bestellung einer Hilfsperson ein unmittelbares Obligationsverhältnis zwischen dieser und dem ersten Auftraggeber entsteht. Und hier muß allerdings wieder unterschieden werden.[50]

Übertragung eines Geschäfts an einen „Substituten", wie sie oben charakterisiert ist, ist in der Tat nichts anderes als Stellung eines Ersatzmannes, der statt des aus dem Mandatsverhältnisse ausscheidenden Mandatars in eben dies Obligationsverhältnis zum Mandanten eintreten soll. Die Ermächtigung zur Substitution vorausgesetzt — und nur an befugte Substitution ist hier zu denken[51] — löst somit der Mandatar durch die Bestellung des Substituten einerseits sein Wort gegenüber dem Auftraggeber ein, anderseits nimmt er in dessen Namen kraft seiner Vollmacht den Substituten für ihn in Pflicht;[52]

tigten durch den Mandatar in eigener Sache darf als „Substitution" betrachtet werden, wie Slg. 6254.

[48] Kann er doch als Werkzeug für eine einzelne Besorgung der „Vollmacht" bedürfen, im Namen des ersten Mandanten aufzutreten, ohne daß er deshalb an Stelle des Mandatars in die Haftung, also als „Substitut" im Sinne des Textes, einzutreten hätte. Das gilt namentlich von der sogenannten „Substitutionsvollmacht" des Advokaten, vgl. oben N. 27, auch Slg. 7859.

[49] Ob und wie weit z. B. der Advokat von seiner „Substitutionsbefugnis" im konkreten Fall auftragsgemäß Gebrauch zu machen habe, bleibt immer noch die Frage, siehe z. B. Slg. 5979. Hupka S. 346 ff. will gerade hier die Vollmacht von der „internen Befugnis" nicht trennen. Richtig Krainz II S. 286 N. 5. Nicht zutreffend Pollak Syst. des österr. ZPr. I S. 163 N. 32, wonach die Haftung in § 1010 nur „für die Substitution auf Grund der Ermächtigung des Mandanten (nicht des Gesetzes)" geregelt sein soll.

[50] Vgl. Slg. 7859 und 16072. Bedenklich scheint es mir nicht minder, ohne Unterscheidung überall ein „direktes Verhältnis" zwischen dem sogenannten Substituten (i. w. S.) und dem ersten Mandanten anzunehmen, wie z. B. Skedl Das österr. Zivilprozeßrecht I S. 317 (s. dagegen Neumann Komm. S. 197 f.), als umgekehrt ein solches für alle Fälle zu leugnen, wie Hupka S. 358 ff. (vgl. unten N. 53).

[51] Der unbefugt bestellte „Substitut" tritt in keinerlei Beziehung zum Mandanten, er kann tatsächlich nur als Werkzeug des nach wie vor haftenden Mandatars gelten, vgl. oben N. 17.

[52] Vgl. Slg. 14951. Die Möglichkeit dieses Vorganges — aber nur je nach der „Parteiabsicht"! — wird auch für das deutsche BGB. anerkannt, Planck II S. 414, Ortmann S. 397; für das französische Recht s. Troplong Nr. 484, Le Folis p. 408. Die Bedenken Hupkas S. 358 f. treffen den Fall wirklicher „Substitution" im Sinne des Textes nicht; wenn der Mandatar „imstande ist, jemanden im eigenen

kurz, es entsteht ein unmittelbares Mandatsverhältnis zwischen dem Substituten und dem ersten Auftraggeber[53] und demgemäß unmittelbares Klagerecht des letzteren gegen ersteren (actio directa)[54] und umgekehrt (actio contraria).[55]

Anders die Zuziehung von „Gehilfen". Erlaubt oder unerlaubt, hat sie nicht den Zweck und nicht die Kraft, dem Auftraggeber einen neuen Mandatar zu stellen; daher entspringen aus der Bestellung des Gehilfen keine direkten Vertragsbeziehungen des letzteren zu dem Mandanten.[56] Selbstverständlich schließt dies nicht aus, daß durch das tatsächliche Eingreifen des Gehilfen in die Geschäftssphäre des Auftraggebers auch wohl unmittelbare Ansprüche zwischen beiden

---

Namen zur Vertretung eines anderen" (des Mandanten) zu ermächtigen, so wird er, kraft desselben Mandats auch ermächtigt sein, den Substituten in das Auftragsverhältnis zu dem Mandanten einzuführen. (Der Einwand Pollaks a. a. O. S. 163, daß es an einer „Parteierklärung" des Mandanten gegenüber dem Substituten fehle, ist nicht recht begreiflich.) — Was den Kommissionär betrifft, so nimmt dieser, wie die ganze Geschäftsführung, allerdings in der Regel auch die Übertragung der Kommission nur „im eigenen Namen" vor, also ohne direkte Wirkung gegenüber dem Kommittenten, vergleiche Grünhut S. 313 N. 4 (aber auch S. 321 N. 17 und unten § 95 N. 2).

[53] Für die „Substitution" in diesem engerem Sinne richtig Krainz I S. 323 N. 21, Winiwarter IV S. 219, dagegen Stubenrauch II S. 232. (Über die Judikatur s. unten N. 56.) Nicht unrichtig bemerkt Gruchot XIV S. 352 f.: Es „folgt daraus, daß der Bevollmächtigte bei gehöriger Auswahl des Substituten für die Ausführung des Geschäftes nicht weiter haftet, schon von selbst, daß der Substitut dem Machtgeber gegenüber nun in seine Stelle getreten, also ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen beiden entstanden ist" (vgl. auch unten N. 54); ausdrücklich so PrLR. I 13 § 40, sächs. GB. § 1309. — Auch die Erlöschungsgründe (Widerruf, Tod) sind daher ebenso die Rechnungslegungspflicht, Krainz a. a. O.) auf die Personen des ersten Mandanten und des Substituten zu beziehen; vgl. darüber unten § 95 B α.

[54] Bei wahrer „Substitution", durch welche der Mandatar, wenn ihm nicht etwa culpa in eligendo zur Last fällt, aus jeder Haftung gegenüber dem Mandanten ausscheidet (oben S. 609 f., wäre in der Tat, sobald man die Begründung eines Mandatsverhältnisses zwischen Substituten und Mandanten durch Vermittlung des Substituenten (oben N. 52) leugnet, in Ermangelung einer positiven Gesetzesvorschrift (wie Art. 1994 Code civ. i. f.) ein Klagerecht gegen den fahrlässigen Substituten für den Mandanten kaum zu konstruieren, vgl. die Protok. der II. Les. das BGB. II S. 355 f., um von den Bedenken zu schweigen, welche selbst einem (dem Mandanten zu zedierenden) Ersatzanspruche des Substituenten entgegenstünden, der vorausgesetztermaßen gar nicht mehr in Haftung, daher an dem Tun des Substituten nicht interessiert ist — worüber zu vgl. Tuhr Grünhuts Ztschr. XXV S. 529 ff.

[55] Krainz I S. 323 N. 21. Eine weitere Konsequenz, die Kompensation betreffend, s. bei Guillouard p. 441 s. — Die unmittelbaren Ansprüche des Substituten gegen den Substituenten aus dem zwischen ihnen bestehenden Obligationsverhältnisse bleiben natürlich unberührt; vgl. Slg. 9396.

[56] Hier trifft die Darstellung von Hupka S. 358 ff. zu. Da bei der sogenannten Substitution von Advokaten es sich zumeist (vgl. oben N. 27) in Wahrheit bloß um „Gehilfen" handelt, so sind wohl richtig die Entscheidungen Slg. 7859, 9396 und 16072, während Slg. 14951 eine Substitution im vollen Sinne des Wortes voraussetzt.

entstehen, wenn sonst darin der Tatbestand für solche außerkontraktliche Rechtsfolgen gegeben ist. So kann möglicherweise die Besorgung des Gehilfen sich gleichzeitig nicht bloß als Ausführung des vom Mandatar empfangenen Auftrags, sondern auch als unbeauftragte Geschäftsführung für dessen Mandanten darstellen, und somit als Grundlage gegenseitiger actiones negotiorum gestorum zwischen beiden.[57] Es kann ferner das Eingreifen des Gehilfen als kulposer Eingriff dem Mandanten nach allgemeinen Grundsätzen Anlaß zur Deliktsklage bieten,[58] oder anderseits dem Gehilfen zur Klage aus dem Grunde einer „nützlichen Verwendung".

Auf alle Fälle endlich steht dem Mandanten das Recht zu, die Zession der Klagen des Mandatars gegen den Gehilfen unter dem Gesichtspunkte eines „stellvertretenden commodum" zu fordern.[59]

§ 82.

9. Auftrag an **mehrere Mandatare.**

a) Haben mehrere zugleich (gemeinschaftlich)[1] einen Auftrag übernommen, so entsteht zunächst die Frage — die allein im ABGB. behandelt ist — wie sich ihre Vertretungsmacht gestaltet.

Die Vollmacht der mehreren Machthaber kann sein[2] α) Solidarvollmacht, derart, daß jedem für sich die „volle Befugnis" zur Ver-

[57] So die herrschende Lehre des gemeinen Rechts, vgl. Hupka S. 360 f., auch sächs. GB. § 1309; ebenso die Kommentatoren Zeiller III S. 285, Nippel VII S. 80, Winiwarter IV S. 220, vgl. Gruchot XIV S. 355, dagegen ohne zureichenden Grund Koch III S. 548. Doch ist zu beachten, daß der Gehilfe allerdings nicht überall negotiorum gestor des Mandanten ist, so mindestens dann nicht, wenn er gar nicht weiß, daß er eines anderen als seines Auftraggebers Geschäft besorgt; so meint wohl richtig Stubenrauch II S. 232 N. 3, s. auch Windscheid II § 431 Nr. 2. — Einen Honoraranspruch kann der Gehilfe gegen den Mandanten aus diesem Titel jedenfalls nicht erheben, vgl. Hupka S. 362 N. 2.

[58] Über die solidarische Haftung des Bestellers s. oben S. 613.

[59] Vergleiche Ubbelohde a. a. O. S. 268 f., Zeiller III S. 285. — Über die problematische Klagenzession bei erlaubter Substitution siehe oben N. 54. Bei unbefugter Substitution oder Zuziehung von Gehilfen kann die Zession etwaiger Ansprüche des Mandatars gegen den Bestellten nicht aus dem Gesichtspunkte der Herausgabepflicht (§ 10 9, vgl. § 667 deutsch. BGB.) begehrt werden, weil diese Ansprüche gerade nicht „aus dem (aufgetragenen) Geschäfte entspringen" (Planck II S. 413), sondern nur als „stellvertretendes commodum", d. i. in dem seltenen Falle, daß dem Mandanten ein direkter Schadenersatzanspruch gegen den substituierenden Mandatar nicht zustünde (oben S. 572 f.).

[1] „Zugleich" in § 1011 bedeutet nicht „uno actu" (so in der Tat Art. 1995 Code c.), sondern „Gemeinschaft" der Geschäftsbesorgung, wie es PrLR. I 13 § 201, Art. 41 HGB. heißt und Zeiller III S. 285 kommentiert; vgl. auch Unger „Passive Korrealität und Solidarität", Jahrb. f. d. Dogm. XXII S. 296 N. 214.

[2] Vgl. Hupka S. 364.

tretung des Machtgebers gewährt ist,[3] oder β) Kollektivvollmacht, so daß nur alle in ihrer Gesamtheit rechtswirksam für den Geschäftsherrn handeln können; aber auch γ) geteilte Vollmacht, vermöge deren jedem ein bestimmter Wirkungskreis innerhalb einer Geschäftsführung zugeteilt ist. Was die beiden ersten Arten betrifft — der dritten ist im Gesetze nicht ausdrücklich gedacht[4] — so gibt § 1011 die Auslegungsregel, daß im Zweifel Kollektivvollmacht anzunehmen ist.[5] Nur ein unter Mitwirkung aller Machthaber zu stande gekommenes Geschäft bindet den Machtgeber gegenüber dem dritten Kontrahenten.[6]

Dieselbe dreifache Unterscheidung gilt für den Auftrag, das („interne") Verpflichtungsverhältnis zwischen Mandatar und Mandanten. Dabei ist hier, wie überall davon auszugehen, daß normaler Weise Vollmacht und Auftrag parallel laufen, daher vom Inhalt der ersteren auf den des letzteren geschlossen und somit die gesetzliche Regel des § 1011 auch auf den Auftrag erstreckt werden darf.[7] Demgemäß kann der Auftrag

α) jeden der mehreren Mandatare zur vollen Haftung für die ganze Geschäftsbesorgung verpflichten, mit anderen Worten vertragsmäßige Korrealität entstehen im Sinne des § 891: Jeder der Mandatare ist verpflichtet, gegebenen Falles die ganze Besorgung selbst zu leisten, jeder hat für des anderen Sorgfalt einzustehen, „Einer für Alle und Alle für Einen", jeder ist dem anderen regreßpflichtig (§ 896).

---

[3] So nach der deutschen ZPO. § 84 unabänderlich die mehreren Personen erteilte Prozeßvollmacht; dasselbe dürfte auch für das österreichische Zivilprozeßrecht gelten, vgl. Tilsch Der Einfluß d. Zivilprozeßgesetze S. 246 f. (anders Skedl Das österr. Zivilprozeßrecht I S. 354 f.).

[4] Wie PrLR. I 13 § 202. S. aber Zeiller III S. 286 und § 210 ABGB.

[5] Das deutsche BGB. hat keine derartige Auslegungsregel; Hupka S. 367 f.

[6] Ob Handlungen eines einzelnen unter den Kollektivbevollmächtigten zwar nicht zu Lasten, wohl aber zugunsten des Machtgebers wirksam sind — wie dies im PrLR. I 13 §§ 206 f. ausdrücklich gesagt ist (siehe auch § 1313 sächs. GB.) und die herrschende Lehre auch für das ABGB. annimmt (s. die Kommentare zu § 1011 und Hupka S. 366) — scheint im Hinblick auf § 1011, der die Mitwirkung aller Bevollmächtigten „zur Gültigkeit des Geschäftes" schlechthin fordert, sehr zweifelhaft.

[7] Vergleiche oben S. 549 f. Anders Randa Österr. Handelsrecht I S. 182 N. 58. Selbstverständlich kann auch in dem hier interessierenden Punkte die „Vollmacht" vom „Auftrag" abweichen, so etwa, wenn mehrere Prozeßbevollmächtigte den Auftrag hätten, nur gemeinschaftlich zu handeln; ihre Prozeßvollmacht wäre, nach dem oben N. 3 gesagten, gleichwohl Solidarvollmacht. — Während § 1011 unmittelbar nur die „äußere Seite" des Verhältnisses behandelt, kommt im PrLR. I 13 §§ 201 bis 205 die „innere", §§ 206 bis 209 die „äußere" Seite zur Darstellung.

Gleichwie nun aber überhaupt die Korrealität besonderer Begründung bedarf (§ 889), so ist auch im Falle gleichzeitiger Beauftragung Mehrerer vermöge § 1011 im Zweifel ein anderes Verhältnis anzunehmen,[8] nämlich

β) die Verpflichtung aller Mandatare zu gemeinschaftlicher Geschäftsbesorgung, gemeinschaftlicher Beschlußfassung und gemeinschaftlicher Tätigkeit in der Sache des Auftraggebers.[9]

Handelt in solchem Falle der einzelne Mandatar für sich allein, so macht er sich einer Überschreitung seines Auftrags schuldig,[10] und hat er deren Folgen zu tragen. Die übrigen haben dafür nicht schlechthin aufzukommen, da sie vorausgesetztermaßen nicht „Einer für Alle und Alle für Einen" verhaftet sind. Sie können allerdings auch ihrerseits mitverantwortlich sein, aber nur dann, wenn sie eine Mitschuld trifft,[11] d. i. wenn sie es verhindern konnten und fahrlässiger Weise nicht verhindert haben, daß jener auf eigene Faust vorging.[12]

[8] Auch Code civ. Art. 1995 lehnt (im Gegensatze zu Art. 1887) in dubio die Solidarhaftung mehrerer Mandatare ab (dazu Guillouard p. 429 s.). Dagegen ist Solidarität statuiert im PrLR. I 13 §§ 201 und 203 (s. aber Dernburg Pr. R. II S. 520 N. 20), schweiz. Obl. R. Art. 401, und dasselbe ergibt sich nach der allgemeinen Regel des § 427 deutsch. BGB., sowie für das Handelsrecht nach Art. 280 HGB. (vgl. Grünhut S. 105, während nach Saxl, Gell. ZBl. VIII S. 140, § 1011 durch Art. 278 HGB. derogiert wäre). S. übrigens noch unten N. 10.

[9] So muß, auf das „interne" Verhältnis bezogen, die „Mitwirkung aller" (§ 1011) verstanden werden, vgl. Zeiller III S. 285: „so gibt der Machtgeber zu erkennen, daß er es der Beurteilung oder Ausführung eines einzigen nicht überlassen wolle" (anders freilich Grünhut S. 105 N. 2); s. auch Slg. 647 und unten § 94 N. 12.

[10] Das Gegenteil also der Korrealität, bei welcher jeder zur Leistung für sich allein verpflichtet und deshalb für den anderen haftbar ist; ich kann daher in diesem Punkte Unger a. a. O. S. 296, Waldner Die korr. Solidarität S. 150 f., Schuster S. 112 nicht zustimmen. Aber auch aus dem Gesichtspunkte der Unteilbarkeit der Leistung läßt sich das Verhältnis für das österreichische Recht nicht erklären (wie Hasenöhrl I S. 131 N. 50, vgl. Windscheid II § 298 N. 15), weil auch diese zu solidarischer, nicht zu gemeinschaftlicher Leistungspflicht führen würde (s. oben S. 257 f.) — als unteilbar kann allenfalls nur die Rechnungslegungspflicht der gemeinsam geschäftsführenden Machthaber bezeichnet werden, vgl. Klewitz Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung S. 43. — Aus dem im Texte Gesagten folgt auch das Erlöschen des Kollektivmandats durch den Tod eines der Mandatare, vgl. unten § 94 N. 12.

[11] Vgl. Zeiller III S. 286, Dernburg Pr. R. II S. 520. — Der Vorschlag, im Gesetze ausdrücklich zu sagen, daß jeder der Mandatare nur „für sein Verschulden" hafte, wurde, vermutlich mit Rücksicht auf den jetzigen § 1303, fallen gelassen, Ofner II S. 567. Daraus darf aber nicht, wie bei Kirchstetter S. 522 der Satz abgeleitet werden, daß die mehreren Mandatare „pro rata" haften.

[12] Ein Regreßanspruch des allein Tätigen ergibt sich demgemäß nicht nach § 896, sondern nur unter dem Gesichtspunkte der „nützlichen Verwendung", vgl. PrLR. I 13 § 204.

Hätten sich Alle geradezu darüber geeinigt, die ganze Geschäftsführung dem Einen allein zu übertragen, so läge darin eine Substitution, zu welcher sie nicht ermächtigt sind,[13] und sie wären „für den Erfolg" (§ 1010) — solidarisch[14] — verantwortlich. Unter denselben Gesichtspunkt aber fiele eigenmächtige Teilung der Geschäfte untereinander.[15]

Bei auftraggemäß gemeinsamer Geschäftsführung können und dürfen die mehreren Mandatare nur im Einverständnisse handeln. Mehrheit der Stimmen kann hier nicht entscheiden, wo nicht eine Rechtsgemeinschaft, wie in § 833, sondern eine Pflichtengemeinschaft in Frage ist.[16] Irgend eine Maßregel, gegen die auch nur einer der Mandatare Einspruch erhebt, muß daher unterbleiben. Die Verantwortung dafür trägt derjenige, aber auch nur derjenige, dessen Veto dies bewirkt hat.[17]

γ) Bei geteiltem Auftrag hat jeder in dem ihm gegebenen Kreise der Geschäftsbesorgung die volle Mandatspflicht zu leisten, ohne in dem Kreise des anderen handeln zu dürfen oder zu sollen.[17a] Gleichwohl äußert sich der jedem der Mandatare bekannte Zusammenhang der Geschäfte darin, daß doch jeder, um das ihm Zugeteilte mit voller Diligenz führen zu können, je nach den Umständen mit den anderen Fühlung behalten und auf deren Tätigkeit praktisch Rücksicht nehmen muß.

b) Bei selbständiger Beauftragung mehrerer mit demselben Geschäfte, u. zw.:

α) Mehrerer hintereinander, kann der zweite Auftrag als (stillschweigender) Widerruf des ersten gemeint sein und wirken — vorausgesetzt, daß die Beauftragung des zweiten zur Kenntnis des ersten Mandatars gelangt.[18]

[13] Hupka S. 371 f.

[14] Nach dem Grundgedanken des § 1303, vgl. oben S. 256.

[15] Vgl. § 210 und oben § 81 N. 32.

[16] Soferne nicht deutlich das Gegenteil gesagt ist, muß angenommen werden, daß der Machtgeber den Wert der Kollektivvollmacht gerade darin erblickte, daß jeder der Machthaber jedem sein Wort mit gleichem Gewicht entgegenhalten könne. Die Analogie des § 838 — welcher von allen Kommentatoren des § 1011, sowie von Krainz I S. 328 angezogen wird — trifft kaum besser zu, als die des § 833, denn auch § 838 setzt Gesellschafter, also Geschäftsführer aus eigenem Recht voraus, nicht bloß verpflichtete Mandatare.

[17] So auch Dernburg Pr. R. II S. 520, Waldner a. a. O. S. 151. — Dasselbe gilt natürlich, wenn der einzelne seine Mitwirkung nicht direkt versagt, aber seine Zuziehung schuldbarerweise unmöglich gemacht hätte.

[17a] Vgl. PrLR. I 13 § 202 und unten § 95 a. E.

[18] L. 31 § 2 D. de proc. 3, 3, Art. 2006 Code civ., sächs. GB. § 1320.

β) Es können aber auch zwei verschiedenen Personen gegebene selbständige Aufträge gleichen Inhalts **nebeneinander** bestehen — ebensoviele ihrem Entstehungsgrunde nach von einander unabhängige Mandatsverhältnisse, nicht, wie in den zu a) gehörigen Fällen, eine Gemeinschaft von Verpflichtungen. Zwischen den zwei Mandataren fehlt es an jeder persönlichen Beziehung; jeder haftet für sich allein,[19] keiner für Verschulden oder Verzug des anderen, und keiner kann, wenn er seinen Auftrag ausgeführt hat, gegen den anderen Regreß nehmen. Lediglich in dem Gegenstand des übernommenen Geschäftes berühren sich ihre Verpflichtungen: Da es die identische Leistung ist, die der eine wie der andere zugesagt hat, so ist tatsächlich, sobald der eine geleistet hat, auch der andere frei — im Gegensatze zur wahren Korrealität ein Musterfall **„bloßer Solidarität"**.[20]

Zusatz.

Zusatz. Der alte Streit über „Korrealität" und **„bloße Solidarität"** kommt nicht zur Ruhe,[21] wenngleich die Gemüter sich heute über gewisse Konstruktionsfragen nicht mehr so erhitzen wie einst. Weit entfernt das ganze Problem hier hereinziehen zu wollen, muß ich zu demselben doch Stellung nehmen, so weit es der Mandatsfall erfordert, auf den die Darstellung im Texte zuletzt gestoßen ist. Ich meine aber auch, daß eben dieser Anlaß, der Frage von einem speziellen Obligationsverhältnisse aus näher zu treten, ihrer unbefangenen Beurteilung vielleicht günstiger sein dürfte, als abstrakt theoretische Untersuchung.[22] Ob Korrealschuld und bloße Solidarschulden zu trennen sind, kann und darf nicht Begriffsdialektik entscheiden,[23] ebensowenig eine mehr oder weniger subtile Auseinandersetzung der Wirkung, welche gewisse

---

Die Aufnahme einer ähnlichen Bestimmung — die ja doch nur eine Auslegungsregel sein könnte, vergleiche Tropl ong Nr. 783 s., Grünhut S. 370 — in das ABGB. wurde von Zeiller nicht mit Unrecht als überflüssig abgelehnt, Ofner II S. 52 f. Vgl. noch unten § 91 Z. 7.

[19] Das tritt besonders klar zutage, wenn, wie das gerade in solchen Fällen nicht selten sein wird (vergleiche unten S. 622), der eine Beauftragte von dem anderen gar nichts weiß. Aber auch wenn er davon weiß, ist damit noch kein rechtliches Band zwischen beiden geschaffen.

[20] Bereits oben S. 259 N. 38 angedeutet.

[21] Auch dem deutsch. BGB. gegenüber, von dem viele aufatmend konstatieren, daß es die leidige Unterscheidung „fallen gelassen" habe (siehe L. Seuffert D. allg. Grundsätze d. Obl.-R. i. d. Entw. S. 51 f., Coiack I S. 393 Endemann I S. 898 u. A.), wird wohl Jhering Jahrb. XXIV S. 186, recht behalten (ähnlich Hartmann Arch. für die ziv. Prax. LXXIII S. 396 f., der voraussagte: „Keine neuere Gesetzgebung wird den Versuch wagen dürfen, jenen „römischen" Gegensatz zu beseitigen, ohne gewärtigen zu müssen, daß er durch die zwingende Macht des Rechtslebens wieder in sein Recht eingesetzt werde". Vgl. auch unten N. 49.

[22] Vgl. Vorwort S. IV.

[23] Anderseits ist die Sache doch nicht damit abgetan, daß man die Unterscheidung als bloße „Konstruktionsfrage" bezeichnet, wie die D. Mot. II S. 154, Planck II S. 209.

rechtsaufhebende Tatsachen auf die eine und die andere Gruppe haben sollen[24] — Auseinandersetzungen, welche den Gegensatz begrifflich mehr vorauszusetzen als darzutun pflegen. Aber auch so darf die Frage nicht gestellt werden, ob das ABGB. mit dem von ihm normierten Gesamtschuldverhältnisse — denn daß das ABGB. ebenso wie jetzt das deutsche BGB. nur für eine Art von solchen besondere Normen aufstellt, ist unbestreitbar[25] — die römische Korrealität oder die römische Solidarität i. e. S. rezipiert habe;[26] sondern nur so: Gibt es Gestaltungen von Schuldverhältnissen, welche eben jenen im Gesetzbuche gegebenen Korrealitätsnormen ihrer ganzen Natur nach nicht unterstellt werden können, dennoch aber anderseits mit diesen Gesamtschuldverhältnissen ein Moment gemeinsam haben, und zwar vielleicht gerade dasjenige, was die gemeinrechtliche Theorie als Merkmal der „Solidarität" i. w. S. anzusehen gewohnt ist? — Ich schicke in Kürze voraus: Charakteristisch für die „Korrealität" des ABGB. sind, wie heute auch ziemlich allgemein von unseren Schriftstellern anerkannt wird, zwei Momente, 1. die Gemeinschaft der Haftung in dem Sinne einer Haftung „Einer für Alle und Alle für Einen" (§§ 891, 1302), d. h. des Einstehens eines jeden der Mitschuldner nicht bloß für die ganze „ungeteilte" Leistung, sondern auch für culpa und mora des Anderen (§ 1303),[27] 2. das Regreßrecht des zahlenden Korreus gegen seine Genossen (§§ 896, 1302 a. E.).[28] Das gilt nicht bloß für die vertragsmäßige Gesamtschuld, sondern auch für die Haftung mehrerer aus einem Delikt,

---

[24] Darin sucht noch neuestens Stammler Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten S. 43 die „praktische Bedeutung" der Unterscheidung. Für das ABGB., welches nicht, wie das deutsche BGB. (§§ 422 bis 425), näheres über die einzelnen Erlöschungsgründe bestimmt, führt übrigens diese „praktische" Betrachtung unmerklich doch wieder auf Deduktionen aus dem Begriffe der „Einheit" und „Mehrheit" der Obligationen hinaus, so bei Hasenöhrl I S. 94 ff., Mages Die Gesamtschuldverhältnisse S. 35 ff. und 42; s. gegen diese Binder Die Korrealobligationen S. 505 f.

[25] Unger a. a. O. S. 241 f., Hasenöhrl I S. 98, vgl. noch unten N. 29. Dasselbe gilt vom PrLR. I 5 §§ 424 ff. (Binder a. a. O. S. 488 ff.), wie vom Code civ. Art. 1200 ss.

[26] Wobei dann der römische „Hauptfall der bloßen Solidarität" — wie bei Hasenöhrl I S. 113 — den Angelpunkt zu bilden, und mit dessen Wegfall im österreichischen Rechte (unten N. 29) die Frage entschieden zu sein scheint.

[27] Die Korrealität des ABGB. ist „potenzierte Korrealität" im Sinne Ungers a. a. O. S. 247 ff. und 254, vergleiche Zeiller Komm. III S. 725, Mages a. a. O. S. 118 ff., Pfaff Gutachten über die Revision des 30. Hauptstückes S. 32 f., Stubenrauch (8. Aufl.) II S. 67, Schuster S. 45; dagegen allerdings Waldner Die korreale Solidarität S. 46 N. 35, Hasenöhrl I S. 98 N. 27 a, S. 145 und 163 f., Krainz II S. 27 f., Binder a. a. O. S. 504, die aber alle die Bedeutung des § 1303 übersehen oder unterschätzen.

[28] In diesem Punkte stand es anders für das römische Recht, vgl. nur Mitteis in Grünhuts Ztschr. XIV S. 469 ff. Der Regreß durfte also dort in der Tat nicht als Kriterium des Gegensatzes von Korrealität und Solidarität verwertet werden; das darf uns jedoch nicht hindern, dessen Bedeutung für unser positives Recht anzuerkennen, vgl. Eck-Leonhard Vorträge I S. 416.

womit das römische Urbild der „bloß solidarischen" Obligationen allerdings zweifellos aus dem Gebiete des österreichischen Zivilrechtes verschwunden ist.[29] — Nun aber sei der hier einschlägige Fall gesetzt:[30] A erhält von C den Auftrag, für ihn auf einem bestimmten Markte eine bestimmte Ware zu kaufen. Denselben Auftrag erteilt C darauf auch dem B, unabhängig von ersterem, ja absichtlich, ohne dem einen Mandatar von dem anderen etwas zu verraten — zu größerer Sicherheit, weil ihm vielleicht Bedenken gegen die Verläßlichkeit des A gekommen waren.[31] Und ich frage a): Wenn A das übernommene Geschäft tatsächlich besorgt, aber schlecht besorgt (er kauft fehlerhafte Ware ein, oder zu teuer), hat B dafür aufzukommen, oder hat B zu haften, falls A mit der Ablieferung des gekauften Objektes säumig ist, kurz, steht B für culpa oder mora des A ein?[32] Es fehlt an jedem Grund zu solcher Haftung „Aller für Einen, Einer für Alle", denn es fehlt an jeder Gemeinschaft zwischen A und B. Die Frage bejahen, hieße dem B eine Gefahr aufbürden, von deren Existenz er bei Übernahme des Auftrags keine Ahnung hatte, ja nach der Absicht seines Mandanten C gar nicht haben sollte! — Und weiter: C wäre von beiden Mandataren im Stiche gelassen; wird, wenn C sich an B gehalten und von diesem den Ersatz seines Schadens eingebracht hat, B im Regreßwege die Hälfte seiner Ersatzleistung von A vergütet erhalten? Wo wäre auch hier wieder der Rechtsgrund zu finden, da zwischen A und B keinerlei Gemeinschaft bestand?[33] Wie den B im

---

[29] Das amtliche Register des ABGB. verweist bei „Korrealität" auch auf § 1302. Allerdings denkt diese Gesetzesstelle unmittelbar (arg. § 1301 nur an „gemeinschaftliches", „communi consilio" begangenes Delikt (vgl. Zeiller III S. 724); dennoch aber dürfte dem Geiste des Gesetzes entsprechend eine „rechtliche Gemeinschaft hergestellt" (so Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 378) sein auch für unabhängig voneinander delinquierende, vgl. Pfaff a. a. O. S. 33 N. 99 und gegen Mages a. a. O. S. 37 ff. und 177 f. Harum Grünhuts Ztschr. I S. 205 und Binder a. a. O. S. 497.

[30] Vgl. Mages a. a. O. S. 63, Unger a. a. O. S. 295 f., Waldner a. a. O. S. 150 ff.

[31] In diesem Zweckmoment der Sicherung berührt sich hier die „bloß solidarische" Obligation mit der echten Korrealität.

[32] Dabei ist vorausgesetzt, daß B für seine Person nicht haftet, weil er durch Zufall an der Ausführung des Auftrags verhindert wurde. Möglicherweise trifft B selbst der Vorwurf der culpa (wenn er seinerseits die Ausführung des Auftrages aus Nachlässigkeit versäumt hat). Dann allerdings hat er auch die Verantwortung zu tragen für die culpa des A, zu deren Begehung er die Gelegenheit geboten hat; allein das wäre Haftung für eigenes Verschulden (casus mixtus, § 965), nicht für Verschulden des anderen.

[33] Das hat bereits Winiwarter IV S. 47 f. hervorgehoben; vgl. auch Larcher GH. 1883 Nr. 3. — Daß der Regreß nicht aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio zu erklären ist, wie Rippel VI S. 105, Krainz II S. 23 N. 7 oder Mages a. a. O. S. 179 andeuten, ist gewiß, vgl. Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 377, Binder a. a. O. S. 280 f., Hasenöhrl I S. 173 N. 104. Letzterer aber hat doch wohl Unrecht, wenn er den Grund des Regreßrechts des § 896 lediglich in „der Billigkeit", statt in der Gemeinschaft der Schuld (§ 891 sucht;

ersten Fall unvorhergesehen und unmotiviert das Unglück einer Haftung, so würde ihn in diesem Falle unvorhergesehen und unmotiviert das Glück einer Entlastung treffen, wollte man die Wirkungen einer Schuldgemeinschaft eintreten lassen, wo er von keiner Gemeinschaft mit A wissen will und soll. — Damit ist klar, daß dies Verhältnis unmöglich „Korrealität" im Sinne des Gesetzes sein kann, d. h. daß die Normen, die das ABGB. in den §§ 891 ff. für Gesamtschuldverhältnisse statuiert hat, hier unanwendbar sind.[34] Anderseits — worüber mitunter zu leicht hinweggegangen wird[35] — b): Mit welchem Rechte sind dann derartige voneinander unabhängige Verpflichtungen mehrerer Schuldner doch noch zu den „solidarischen Obligationen" im weiteren Sinne gestellt? Nur deshalb, weil offenbar A und B jeder die ganze in Betracht kommende Geschäftsbesorgung für C übernommen, jeder von ihnen also sich zu der identischen „ungeteilten" Leistung verpflichtet hat, „in solidum" in diesem Sinne; ebenso offenbar aber auch „in solidum" in dem Sinne, daß jenes Geschäft für C nur einmal zu besorgen,[36] daher A liberiert ist, wenn B den Auftrag erfüllt hat, und umgekehrt. An diesem Punkte liegt es nun nahe — und der Gedanke, scheint es, bewegt, wenngleich nicht stets klar ausgesprochen, die Gegner der „bloßen Solidarobligation"[37] — zu argumentieren: Solche Befreiung jedes der mehreren „ungeteilt" haftenden Subjekte durch die Leistung des Anderen verordnet das Gesetz nur an einer Stelle, §§ 891, 893, nämlich für das Gesamtschuldverhältnis der „Korrealität"; jedes Obligationsverhältnis, möge es begrifflich wie immer zu konstruieren sein, welches überhaupt eine Haftung „in solidum" postuliert, müsse demnach, um dem de lege lata Rechnung tragen zu können, unter diese Gesetzesstellen subsumiert werden und damit sei es notwendig auch den weiteren charakteristischen Normen unterworfen,

---

s. dagegen Zeiller III S. 77: „Obschon jeder der Korrealschuldner dem Gläubiger für das Ganze haftet, so wird doch vermutet, daß sie untereinander zur Erfüllung der Verbindlichkeit auf allseitige Mitwirkung gerechnet, folglich gewollt haben, daß unter ihnen die Last gemeinschaftlich, mithin . . . geteilt sein soll". Eben davon ist natürlich bei einem Falle wie dem im Text besprochenen keine Spur.

[34] Dahin gehört auch die Vorschrift des § 891 über die Einrede der Litispendenz: diese Einrede wird wohl auch keiner der Gegner der „bloßen Solidarität" dem B geben wollen, falls C den Prozeß auch gegen den anderen Mandatar A anhängig gemacht hätte. — Alles dies sind, wie mir scheint, Gegensätze, die man nicht mit Geller ZBl. III S. 69 ff. als „nicht mehr wesentlich" bezeichnen kann.

[35] Mit Recht bemerkt Binder a. a. O. S. 2 ff., daß die reiche diesbezügliche Literatur über die Konstruktion der „Korrealität" die Begründung der „Solidarität" im weiteren Sinne eher vernachlässigt hat.

[36] „Promittentes singuli in solidum tenentur . . . et alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat": § 1 J. de duob. reis 3, 16.

[37] Wenn sie nämlich die streitige Frage durch das Schweigen des Gesetzes über die „bloße Solidarobligation" für erledigt erachten, vgl. oben N. 21 und unten N. 48 und 49.

die das Gesetz für die dort geregelten Fälle gegeben hat (Haftung für culpa und mora und Regreßrecht) — kurz, eine „Solidarität", die nicht unter die „Korrealität" fiele, sei im Bereiche des ABGB. undenkbar. Das gälte dann auch für unser Beispiel des Doppelmandats. Allein, daß B infolge Leistung des A frei werde, dazu bedarf es nicht der Spezialnorm des § 893; das ergibt sich aus allgemeinen, auch im ABGB. anerkannten, Grundsätzen des Obligationenrechts. Wenn A, dem B zuvorkommend (ohne daß diesem aber schon Nachlässigkeit vorgeworfen werden könnte), den Einkauf für C dem Auftrag entsprechend durchgeführt hat; dann ist B seiner Mandatspflicht ledig — aus dem einfachen Grunde, weil für ihn „zu tun nichts übrig bleibt".[38] Das könnte füglich genügen; will man dafür aber durchaus eine gesetzliche Bescheinigung, so lautet die Formel, B werde befreit durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung, nach § 1447.[39] — Oder aber: B ist aus Fahrlässigkeit nicht rechtzeitig auf jenem Markte erschienen; bevor es zu spät ist, trifft A ein und besorgt ordnungsmäßig den Einkauf für C. In thesi ist B gewiß haftbar wegen kulposer Nichterfüllung des übernommenen Auftrags; wird man aber C wirklich einen Schadenersatzanspruch gegen ihn gewähren wollen? Man sage nicht, von dem eben dargelegten Standpunkte aus müßte die Frage bejaht werden, denn die Ersatzleistung des B, d. i. Geldleistung, bleibe immer möglich, auch wenn das Geschäft des C durch A tatsächlich besorgt wäre. Schadenersatz ist nicht abstrakte Geldleistung, die Ersatzpflicht keine reine Summenschuld, sondern Vergütung eines konkreten Interesses des Berechtigten.[40] Einen Schaden ersetzen, wo C keinen Schaden hat, ist für B ebenso ein Ding der Unmöglichkeit[41], wie ein Geschäft zu besorgen, das schon besorgt ist; deshalb hat die Leistung des A Liberierung des B auch hier zur Folge.[42] — Und dasselbe gilt von der letzten Alternative: Sowohl A als B versäumen die Besorgung ihres Auftrages, beide sind somit ersatzpflichtig. Sobald jedoch C sein ganzes Interesse von A vergütet bekommen hat, ist kein Schaden mehr da, den B ersetzen

[38] Im Grunde genommen meint dasselbe die — in anderer Beziehung nicht unbedenkliche (s. Windscheid II § 361 N. 3) — Formulierung: Erlöschen der Obligation durch „Wegfall des Interesses" des Gläubigers, z. B. bei Buchner S. 120 oder neuerdings bei Eisele Arch. für die ziv. Prax. LXXVII S. 480, vgl. L. 8 § 6 D. mand. 17, 1.

[39] Mages a. a. O. S. 121, ebenso Fitting Die Natur der Korrealobl. S. 229 f. und P. Klein Untergang der Obl. durch Zweckerreichung S. 92 ff. und 138 f. Daß das bei der echten Korrealobligation ebenso zutrifft, wie Hasenöhrl I S. 114 f. behauptet, ist nicht richtig.

[40] Vgl. die treffenden Bemerkungen bei Rappaport in der unten N. 45 angeführten Schrift S. 171 ff., auch Binder a. a. O. S. 41 f.

[41] Und an dieser Unmöglichkeit (im Gegensatze zu der Nichterfüllung seiner ursprünglichen Vertragspflicht) ist B unschuldig.

[42] So auch Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 369, Crome Jahrb. f. d. Dogm. XXXV S. 102; was Rappaport a. a. O. S. 184 f. gegen diesen Standpunkt einwendet, ist nicht überzeugend.

könnte, aus diesem Grunde daher auch B frei. — Man hat allerdings noch ein anderes Problem mit der Frage der Gesamtschuldverhältnisse in Berührung gebracht: Falls B sich gegenüber den Ansprüchen seines Mandanten C darauf beruft, daß er liberiert sei, weil der andere Mandatar A den Auftrag erfüllt habe, ist das nicht unzulässige exceptio ex jure tertii?[43] Wenn dem so wäre, so läge ein schweres Bedenken vor gegen obige Ausführungen. Denn eine Ausnahme von der Unstatthaftigkeit der „Einwendung aus dem Rechte Dritter", so heißt es, kann nur durch positive Gesetzesbestimmungen geschaffen sein. Beziehen sich nun die §§ 891 ff., aus welchen eine derartige Ausnahmsnorm allenfalls zu gewinnen wäre, auf unsere Fälle nicht, und fehlt es für diese an einer Spezialnorm im ABGB., so müßte zuletzt doch wieder zugegeben werden, daß für die Anerkennung der „bloßen Solidarschulden" in dem System des ABGB. kein Raum sei. Allein, mag man jenes Axiom von der exceptio ex jure tertii wie immer bewerten, so viel scheint sicher, daß es in den Zusammenhang der hier interessierenden Verhältnisse gar nicht hereinspielt. Wenn B der Klage des C entgegenhält, er sei zu nichts mehr verpflichtet, weil A geleistet habe, so führt er, bei Lichte besehen, nicht das für sich ins Feld, daß A sich von seiner Obligation durch solutio befreit habe, in diesem Sinne also die Rechtsstellung des „Dritten"[44] A, sondern er behauptet lediglich eine Tatsache, die Tatsache nämlich, daß für seine, des B, Leistung die faktischen Voraussetzungen fehlen. Er nennt die Leistung des A nicht anders, als wie er irgend ein Naturereignis nennen würde, das ihm, B, die Möglichkeit der Erfüllung seiner Mandatspflicht benommen hätte. Ich freue mich, diese Auffassung in den Ergebnissen der jüngsten verdienstlichen Untersuchung über die „exceptio ex jure tertii" bestätigt zu finden.[45] — c) Somit darf das Resultat bestehen bleiben, zu welchem die Fragenstellung ad a) und b) geführt hat: Es gibt trotz alledem eine Gestalt von Obligationsverhältnissen, welche die bezeichnenden Züge der „Korrealität" nicht tragen (a), selbständige Verpflichtungen mehrerer Schuldner, die aber dennoch in dem Verhältnisse der Haftung „in solidum" zu einander stehen (b). Das ABGB. spricht von diesen

[43] Stammler Das Recht d. Schuldverhältnisse S. 227 f. und Einrede aus dem Recht eines Dritten S. 50 ff., vgl. Rauchenberger Die Einwendung aus dem Rechte Dritter 1904 S. 28 ff. — Gegen die Hereinziehung auch des Gesichtspunktes der compensatio lucri cum damno Ortmann Die Vorteilsausgleichung S. 123 ff. und 277 siehe mit Recht Rappaport a. a. O. S. 153.

[44] Die „Einrede" ex jure tertii wird von den Neueren im weitesten Sinne verstanden, s. Stammler Einrede S. 17 und 21, Rappaport a. a. O. S. 35, während z. B. Unger System II S. 506 N. 28 nur die Sachlegitimation zur exceptio im technischen Sinne im Auge hatte.

[45] Rappaport Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis 1904, besonders S. 192 f., vgl. S. 182 f.; in dieser Schrift scheint mir überhaupt die Tragweite des Satzes von der Unzulässigkeit der sogenannten Einrede ex jure tertii auf das richtige Maß zurückgeführt zu sein, s. besonders S. 236 ff. und 273 f.

Solidarschulden überhaupt nicht; denn die Normen, die es für das einzige von ihm geregelte Gesamtschuldverhältnis, die „Korrealität", aufstellt, sind auf diese nicht gemünzt, sie gelten nur der „gemeinschaftlichen Verbindlichkeit" mehrerer, das lehrt schon die Marginalrubrik zu den §§ 888 bis 896.[46] Es bedarf aber auch für solche Verhältnisse, wie sie z. B. im Falle des Doppelmandates vorliegen, gar keiner besonderen Normierung,[47] weil sich hier schon aus allgemeinen Grundsätzen die eigentümliche „solidarische" Haftung ergibt. Das Schweigen des Gesetzes ist deshalb nichts weniger als ein Einwand gegen die Unterscheidung dieser Art von Solidarität von der im Gesetze unter dem Namen der Korrealität geregelten.[48] [49] Dann

[46] Das amtliche Register des ABGB. verweist unter dem Schlagworte „gemeinschaftliche Berechtigung oder Verbindlichkeit" auch auf „Korrealität", und auch die Korrealität ex delicto (§ 1302 ist im ABGB. als Schuldgemeinschaft gedacht, s. oben N. 29. — Vor allem aber sollte eines nicht übersehen werden: Im ABGB., ebenso wie im PrLR. I 5 §§ 424 ff. oder im Code civ. Art. 1197 (vgl. Demolombe l. c. XXVI Nr. 105 ss., 120, ist der Gegensatz zur geteilten Haftung der Ausgangspunkt für die Entwicklung des Begriffes des Gesamtschuldverhältnisses. Die Frage der Teilung der Obligation taucht aber von vornherein nur auf, wo irgend eine Gemeinschaft der Verpflichtung besteht (§ 888); niemand wird es einfallen, in einem Falle völlig selbständiger Verpflichtung mehrerer, wie etwa dem im Texte besprochenen des mehrfachen Mandates, an eine Teilung ihrer Haftung zu denken (vgl. Hruza Sächs. Archiv für bürgl. Recht V, Sonderabdr., S. 51 f.). Schon deshalb muß der gesetzliche Gesamtschuldbegriff (Korrealität), mag man ihn im übrigen noch so sehr auszudehnen geneigt sein, auf Schuldgemeinschaft beschränkt bleiben. (Wie weit man sonst kommen kann, zeigt in ergötzlicher Weise das Ergebnis von Wildner D. Jurist. XIII S. 302 ff., wonach zwischen mehreren Männern, gegen die die Vaterschaftsvermutung des § 163 streitet, Korrealität bestünde!) — Das Gesagte wird auch für das deutsche BGB. anerkannt werden müssen, siehe nur Denkschrift zum Entw. S. 57, Reatz Gutachten aus dem Anwaltstande S. 1181, Crome II S. 376 N. 44, Rehbein Das bürgl. GB. II S. 452, Dernburg II 1 S. 378 f., wobei noch daran erinnert werden mag, daß auch das deutsche „Versprechen zu gesamter Hand" (s. Stobbe Zur Geschichte des Vertragsrechts S. 145 ff.) von dem Gedanken einer Personen- (Schuldner-) Gemeinschaft ausgeht.

[47] Unger a. a. O. S. 242.

[48] Und doch ist dies das wesentliche Argument der Gegner dieser Unterscheidung (so Kirchstetter S. 467, Hasenöhrl I S. 102 ff., Pfaff a. a. O. S. 33 N. 99, Krainz II S. 22 f., Hruza Zur Lehre von der Novation S. 130 N. 17 und zuletzt Binder a. a. O. S. 494 ff. Wenn manche von ihnen auch das „praktische Bedürfnis" nach weiterer Unterscheidung leugnen — so Hasenöhrl a. a. O. S. 103 N. 43, Ofner in Gell. ZBl. III S. 69, Harum Grünhuts Ztschr. I S. 206 — so ließ sich dies hören gegenüber kritikloser oder doktrinärer Rezeption der subtilen romanistischen Gegensätze in der „objektiven" oder „subjektiven" Wirkung einzelner rechtsaufhebender Tatsachen — wie sie zuerst schon Stubenrauch (1. Aufl.) III S. 55 ff. (die Herausgeber der neuesten Auflagen, Anm. 1 zu § 891 sprechen keine entschiedene Ansicht aus) und vor allen Mages a. a. O. versucht hatte — nicht aber gegenüber einer theoretischen Ableitung der Begriffsunterscheidung, die, wie oben im Texte — in Übereinstimmung mit Unger a. a. O. S. 239 ff., Strohal Grünhuts Ztschr. IX S. 87 f., auch Nowak GZ. 1885 Nr. 12 und Samhaber Zur Lehre von der Korrealobligation S. 221 — gerade von der „prak-

noch über die Benennung der ersteren zu streiten, lohnte natürlich nicht die Mühe (ob „bloße Solidarschulden" oder „unechte Solidarität"[50] oder „unvollkommene Korrealität"[51] u. dgl.). — Ist aber die Existenzberechtigung dieser Kategorie „bloß solidarischer" Obligationen einmal für einen Fall festgestellt, so ordnen sich leicht noch manche weitere Fälle unter dieselbe ein, deren richtige Beurteilung sonst Schwierigkeiten bereiten müßte. Die Untersuchung dahin fortzuführen, wäre im Rahmen dieser Darstellung kaum mehr am Platze.[52]

---

tischen" Beobachtung ausgeht, daß es im Leben Fälle der Verpflichtung mehrerer „in solidum" gibt, deren Natur sich gegen die Anwendung der im Gesetzbuche für die „Korrealität" aufgestellten Normen sträubt. — Nicht als Gegner der hier vertretenen Anschauung möchte ich unsere älteren Kommentatoren anführen (Zeiller, Nippel, Scheidlein, Ellinger, Winiwarter zu §§ 888 ff.). Daß ihnen, die von Keller-Ribbentrop nichts wissen, die romanistische Sonderung von „Korreal-" und „bloßen Solidarschulden" fremd ist, kann nicht Wunder nehmen; sehr beachtenswert aber ist es, daß gerade diese Schriftsteller (vgl. Nippel VI S. 98, Winiwarter IV S. 50) die Gemeinschaftlichkeit der Verpflichtung als Merkmal der „Korrealität" des ABGB. hervorheben, womit (s. oben N. 46) eigentlich die von uns als „bloße Solidarobligationen" bezeichneten Fälle bereits ausgeschieden sind.

[48] Auch die Zivilistik des neuen deutschen Rechts scheint in diesem Punkte — wie wohl noch in manchem anderen — eine ganz analoge Entwickelung durchmachen zu sollen, wie die unseres ABGB. (vgl. oben N. 21). Auf den ersten Blick glaubt sich die Interpretation bemüssigt, vor der Tatsache Halt zu machen, daß das Gesetz (§§ 421 ff.) nur eine Art von Gesamtschuld normiert — s. Planck II § 421, Endemann I S. 898, Cosack I S. 393, Meisner Komm. II S. 103, Kipp-Windscheid II S. 203 ff., Hruza a. a. O. S. 4 f., Binder a. a. O. S. 569 ff., auch Landsberg I S. 382 f. (vgl. unten N. 51). Andere aber fühlen sich nun doch durch praktische Erwägungen gedrängt, gewisse Gestaltungen der Verpflichtung mehrerer als jener gesetzlichen Normierung unzugänglich auszuscheiden — s. Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 370 und 379, Crome II S. 375 ff., Enneccerus Lehrb. I S. 800, Ortmann Komm. Vorbem. zu § 420, Schollmeyer Komm. zu § 426 N. 2, mehr zweifelnd Eck-Leonhard Vortr. S. 416, vgl. auch Reatz a. a. O. S. 1101. — In ähnlicher Weise hat bekanntlich die französische Jurisprudenz ohne unmittelbaren Anhaltspunkt im Code den Begriff der „solidarité imparfaite" neben die „solidarité parfaite" des Gesetzes zu stellen gewußt, vgl. Demolombe Cours XXVI p. 204 ss., Binder a. a. O. S. 510 ff.

[50] Eisele Archiv f. d. ziv. Praxis LXXVII S. 478, Dernburg a. a. O., Ortmann a. a. O.

[51] Crome a. a. O. N. 55. — Anders Landsberg a. a. O., der nur von einer „Steigerung" der gesetzlichen Gesamthaftung, nicht aber einer von dieser verschiedenen loseren Mitschuldnerschaft sprechen will.

[52] In Betracht kommen die viel erörterten Fälle mehrfacher Brandschadenversicherung, s. Slg. 3413, Unger a. a. O. S. 297 f., Stammler Recht der Schuldverhältnisse S. 253 f., Crome II S. 376 (dagegen Hasenöhrl I S. 119 N. 8); — der Konkurrenz des Anspruchs gegen den Versicherer und den Schadenstifter, s. Unger a. a. O. S. 297, Mages a. a. O. S. 73 ff., Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 379, Hruza a. a. O. S. 56 f., Ortmann Vorteilsausgleichung S. 125 f., Rappaport a. a. O. S. 188 ff. (dagegen Stammler Die Einrede aus dem Recht eines Dritten S. 53 ff., Binder a. a. O. S. 563 f.); — mehrfacher Alimentationsansprüche, s. Crome a. a. O., dazu Hussarek Grünhuts Ztschr. XX S. 665 f., Rauchenberger a. a. O. S. 37 ff.; — aber auch mancherlei andere, s. z. B. den von Strohal

§ 83.

10. Der Auftrag zum Vorteile eines Dritten.

§ 1019. — Demelius Kurze Erklärung des § 1019 des BGB., Zschr. f. österr. Rechtsanwaltschaft 1896, I S. 164 ff.; Steinbach Die Wirkungen vertragsmäßiger und letztwilliger Veräußerungs- und Belastungsverbote nach österr. R. 1877 S. 41—59; Lardelli „Über die Ausnahmen von der Regel, daß niemand für einen Anderen in Verbrechen machen oder annehmen kann", JBl. 1885 Nr. 7—9; Oliver Der Auftrag zu Gunsten eines Dritten n. österr. R., Grünhuts Zschr. XVIII 1891, S. 313—336; Ehrenzweig Die sog. zweigliedrigen Verträge 1895 S. 76—98; Krasnopolski Zur Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter n. österr. R., Grünhuts Zschr. XXII (1895) S. 577—624; Dniestrzanski Die Aufträge zu Gunsten Dritter I (1904). — Hasenöhrl I §§ 33—35; Krainz I § 136.

Im Anschlusse an die gegenseitigen Ansprüche zwischen den Kontrahenten des Bevollmächtigungsvertrages behandelt das ABGB. auch die „Rechte und Verbindlichkeiten des Gewalthabers" und „des Gewaltgebers" „in Rücksicht eines Dritten" (Marg.-Rubr. zu §§ 1009, 1014 und 1017). In erster Linie ist — einer Systematik entsprechend, welche Vollmacht und Auftrag nur als die zwei Seiten des einen Obligationsverhältnisses betrachtet[1] — bei diesem „Rechte des Machthabers in Rücksicht eines Dritten" an die Vertretungsmacht des Mandatars gedacht, vermöge deren er durch Rechtsgeschäfte „mit einem Dritten" dem Gewaltgeber „Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen kann" (§ 1017), in erster Linie also an Vollmacht und Stellvertretung, deren Behandlung aus der theoretischen Darstellung des Schuldverhältnisses des Mandates auszuscheiden war.[2] Allein darüber hinaus geht, wenn auch in gewissem Zusammenhang mit der Stellvertretungswirkung,[3] die unter derselben Rubrik stehende Norm des § 1019:

> „Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vorteil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat, so erlangt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtiget worden ist, das Recht, gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen".

a. a. O. S. 88 gesetzten Fall: — ob auch die Haftung mehrerer selbständig eintretender Bürgen nach ABGB. (§ 1359, so wie nach PrLR. I 14 §§ 378 f. als „scharf ausgeprägter Fall bloßer Solidarität" (Unger a. a. O. S. 292 N. 200) gelten darf, ist nach den Ausführungen von Pfaff JBl. 1882 Nr. 19, denen sich Koban Der Regreß des Bürgen S. 139 ff. und Slg. N. F. Nr. 1958 angeschlossen haben, problematisch.

[1] S. oben S. 438.

[2] S. oben S. 440 f.

[3] Vgl. Buchka Die Lehre von der Stellvertretung S. 184 ff. und unten S. 636.

Sie statuiert unter gewissen Voraussetzungen eine *Leistungspflicht* des Mandatars aus dem Bevollmächtigungsvertrage gegenüber einem Dritten. Einer solchen durchaus obligationenrechtlichen Wirkung des Vertrages muß, auch in strenger Systematik, an dieser Stelle gedacht werden, wo von den „*Verpflichtungen* aus dem Bevollmächtigungsvertrage" zu handeln ist, speziell den Verpflichtungen des *Mandatars*. Aber auch *nur* so weit gehört § 1019 hieher.

Inwieferne es begründet sein mag, wenn die österreichische Zivilistik ziemlich allgemein den § 1019 als Angelpunkt der Lehre von den „*Verträgen zu Gunsten Dritter*" betrachtet, darauf wird zum Schlusse in Kürze hinzuweisen sein. Für die Aufdeckung des juristischen Gehaltes dieser Gesetzesstelle aber kann es nicht förderlich sein, wenn man an ihre Interpretation sofort mit der Absicht tritt, in ihr die gesetzlichen Normen für das Institut des Vertrages zu Gunsten Dritter zu suchen,[4] während doch erst eben diese Auslegung ergeben kann und soll, ob der Paragraph überhaupt und in welcher Richtung er sich mit diesem Gegenstande befaßt.

Aus diesem Grunde hauptsächlich — überdies allerdings auch, weil sie nach richtiger Systematik gar nicht in das Kapitel vom Bevollmächtigungsvertrage gehören — soll hier auf das Problem der „Verträge zu Gunsten Dritter" als solches nicht näher eingegangen,[5] vielmehr einmal wieder versucht werden, den Inhalt des § 1019 zu ermitteln, ohne mehr hinter demselben zu suchen, als was er in seiner unmittelbaren Umgebung dem unbefangenen Leser bietet, nämlich einen Rechtssatz in dem Kreise der Normen des Bevollmächtigungsvertrages.

a) *Der Fall des § 1019* ist ein „Auftrag, einem Dritten einen Vorteil zuzuwenden", ein *Bevollmächtigungsvertrag im technischen Sinne des § 1002*.

α) Daß eine Bestimmung, die mitten in dem Hauptstücke vom Mandate steht, das Wort „*Auftrag*" in einer anderen Bedeutung nehmen sollte, ist von vorneherein nicht wohl zu denken, wenn man ohne vorgefaßte Zweifel an § 1019 herantritt. Kaum nötig, dann erst zur Unterstützung noch besonders darauf hinzuweisen, daß der „Auftrag" des § 1019 ein „angenommener" Auftrag ist, genau wie

4 Vgl. unten § 84 N. 1.

5 Deshalb beschränkt sich auch die Literaturangabe an der Spitze dieses Paragraphen auf die speziell das ABGB. (§§ 881, 1019) behandelnden Arbeiten.

der des § 1002 ein „übernommener", also ein Vertrag,[6] und daß § 1019 die Personen dieses Vertrages mit den für die Kontrahenten des Bevollmächtigungsvertrages feststehenden Ausdrücken „Machthaber" und „Machtgeber" bezeichnet. Erwägt man ferner, daß der Auftrag des § 1019 auf eine „Zuwendung" gerichtet ist, die einen klagbaren Anspruch (des Dritten) begründen soll, also auf Dienste nicht bloß tatsächlicher Art, sondern „Geschäftsbesorgung" im prägnanten Sinne des Wortes,[7] wie sie § 1002 voraussetzt, so ergibt sich zweifellos, daß der „Auftrag" des § 1019 nichts anderes ist, als ein „Bevollmächtigungsvertrag" gemäß § 1002;[8] das Besondere ist nur, daß das „aufgetragene und zur Besorgung übernommene Geschäft" in der Zuwendung an einen Dritten besteht.

β) Ist dem so, so kann die Geschäftsbesorgung des § 1019 nur Besorgung „im Namen des Andern" sein, d. h. nach dem Sinne dieses Ausdruckes in der Begriffsbestimmung des § 1002 „Zuwendung" des Vorteils an den Dritten im Namen oder für Rechnung[9] des Machtgebers. Beweis dessen, daß § 1019 auch ein Klagerecht des Dritten gegen den Auftraggeber aus dem Auftrage entspringen läßt. Daß die Geschäftsbesorgung auch formell „im Namen", also in direkter Stellvertretung des Mandanten erfolge, ist nach dem oben (§ 63) festgestellten Legalbegriffe des Bevollmächtigungsvertrages (§ 1002) nicht notwendig; nicht notwendig also, daß in dem Falle des § 1019 der „Machthaber" die Zuwendung aus dem Vermögen des Machtgebers selbst zu machen habe. Was der Beauftragte dem Dritten zu gewähren hat, kann ebensowohl eine Leistung im eigenen Namen und aus dem eigenen Vermögen sein.[10] Wohl aber setzt § 1019, wie (zu α) be-

[6] Damit ist als Rechtsgrund des Anspruches des Dritten der Vertrag zwischen Mandanten und Mandatar zum Ausdrucke gebracht — geradeso wie im § 328 des deutsch. BGB. (Hellwig Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 255 f.); die Zurückführung der bindenden Kraft der sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter auf das einseitige Versprechen nach der Lehre von Siegel Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 142 ff., welche Hasenöhrl I S. 464 f. und Kirchstetter S. 525 ihrer Darstellung zu Grunde legen, hat daher gegenüber § 1019 keine Berechtigung — ganz abgesehen von ihrer theoretischen Bedenklichkeit, auf die bereits Unger Grünhuts Ztschr. I S. 373 hingewiesen hat. Vgl. auch noch unten § 84 N. 2.

[7] Oben § 62.

[8] Weder die Annahme eines „weiteren Sinnes" des Wortes „Auftrag" — wie Ofner S. 328 ff. will — noch eines engeren (des „Realmandats"), wie Dniestrzanski S. 348 meint, findet im Gesetze irgend einen Anhalt. Vgl. auch unten § 84 N. 20.

[9] Daß die Wendung „im Namen des anderen" in § 1002 nichts anderes bedeutet, s. oben § 63.

[10] So richtig Krasnopolski S. 608 f., Krainz S. 358, Kirchstetter (4. Aufl.) S. 525 gegen Hasen-

merkt, einen wahren Bevollmächtigungsvertrag voraus, d. i. Fälle, wo der Vertragszweck zwischen Machthaber und Machtgeber Geschäftsbesorgung durch letzteren für Rechnung des ersteren ist; mit anderen Worten: § 1019 gilt nur dem Vertragsverhältnisse, dessen causa gerade darin besteht, daß der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers einem Dritten einen Vorteil zuwende. Wo diese Zuwendung nicht dem Machtgeber in Rechnung zu stellen ist, aber auch wo das Verhältnis zwischen Geber und Empfänger des „Auftrages" nicht durch eben diese causa der „Geschäftsbesorgung", sondern durch irgend eine andere Geschäftskausa beherrscht erscheint,[11] beginnt bereits ein Gebiet außerhalb der unmittelbaren Geltungszone des § 1019.

γ) Das eben Gesagte bildet den tieferen Grund und die Erklärung dafür, daß § 1019 das Erfordernis des „erhaltenen und angenommenen" Auftrages besonders betont: Es muß ein durch den Zweck der Besorgung der Zuwendung des bestimmten Vorteiles an den Dritten individualisiertes Verpflichtungsverhältnis zwischen Machtgeber und Machthaber sein, wenn anders ein unmittelbares Klagerecht des Dritten gegen beide begründet erscheinen soll. Weder auf Grund einer „Vollmacht ohne Auftrag",[12] noch auch auf Grund eines generellen Geschäftsauftrages erwachsen einem Dritten Ansprüche im Sinne des § 1019.[13]

δ) Was ist nun „Zuwendung eines Vorteils" als Gegenstand der Geschäftsbesorgung, wie sie § 1019 voraussetzt? Unmöglich kann der Ausdruck „Vorteil" in dem formalen Sinne von „Rechtsanspruch" genommen werden, wäre doch sonst der ganze Satz ein Zirkel: Wenn der Auftrag dahin geht, dem Dritten einen Rechtsanspruch zu gewähren, so wird dem Dritten ein Rechtsanspruch gewährt. Nur die materielle Bedeutung kann also gemeint sein einer (Vermögens-)Zuwendung,[14] die nicht durch Übernahme einer Last

---

öhrl S. 467. Aus § 1019 läßt sich aber andererseits ebensowenig entnehmen, daß der Mandatar die Zuwendung stets „aus dem Seinigen" zu leisten habe, wie Dolliner S. 165 ausführt, dem Czoernig Grünhuts Zschr. XVII S. 127 folgt; dagegen schon Larcher S. 75.

[11] Deshalb wird Krainz § 136, dessen an sich farbloses „Zahlungsmandat" ebensowohl als „selbständiges Geschäft" wie als „Bestandteil eines anderen Geschäfts" S. 359 vorkommen kann, dem § 1019 nicht gerecht.

[12] Oben S. 431 ff. — Es spricht für die innere Wahrheit des im Text gesagten, daß gerade an dieser Stelle bereits den Redaktoren des ABGB. der damals noch verkannte Gegensatz zwischen Auftrag und Vollmacht („Auftrag" und „Befugnis") zum Bewußtsein gekommen ist, vgl. Ofner Prot. II S. 52 f., § 1009 Rev. Entw.

[13] Vgl. auch den Fall Slg. 15249.

[14] Das bloße Überbringen einer Mitteilung ist keine „Zuwendung"; daher kann ein Dritten gegenüber ge-

bedingt oder aufgewogen sein soll[15] — so wie § 877 oder § 1016 von „Vorteilen" sprechen, die jemand erlangt hat oder „sich zuwenden" will, ohne die entsprechende Gegenleistung auf sich zu nehmen, oder § 865 von „bloßem Vorteile" im Gegensatze zu einer „damit verknüpften Last" — und so wie z. B. in den §§ 121, 682, 720, 773 u. a. von letztwilligen „Zuwendungen" und „Vorteilen" die Rede ist. Musterfall — im WgalGB. III § 119 noch in schulmäßiger Form als Beispiel angeführt — bleibt daher der Auftrag, einem Dritten eine Schenkung zu machen,[16] als mandatum post mortem auch praktisch von erheblicher Bedeutung.[17]

Keine „Vorteilszuwendung" in dem angegebenen Sinne ist hingegen die expromissio, die dem Gläubiger nur einen neuen Schuldner unter Befreiung des bisherigen verschaffen will;[18] aber auch nicht die solutio, die dem Gläubiger eine Leistung zuführt, zugleich aber sein Forderungsrecht zerstört.[19] Weder die Assignation, wie sie das ABGB. (§§ 1401 ff.) versteht, als auf „Umänderung der Verbindlichkeit durch die Hinzukunft eines neuen Schuldners" „an Stelle" des alten, also Schuldübernahme abzielend, fällt daher in den

---

äußerter Verzicht nicht unter § 1019 fallen — richtig erkannt von der 2. Instanz Slg. 15796.

[15] Der Auftrag, dem Dritten „credendi causa" zu geben (z. B. als Darlehen) ist nicht Zuwendung eines „bloßen Vorteils" (vgl. oben § 9 N. 30), fällt also nicht unter § 1019; dies scheint Krainz S. 360 N. 15 zu verkennen, richtiger Dniestrzanski S. 349.

[16] Ein anderes Beispiel, Auftrag der Auszahlung eines Heiratsgutes, Slg. 14077. — Auch die Stellung des Testamentsexekutors läßt sich, gesetzlich (§ 816) als die eines „Machthabers" charakterisiert, unter die Norm des § 1019 stellen; so Slg. 7379, Krainz I S. 361, II S. 656. Die Mandatstheorie, heute wohl mit Recht aufgegeben (s. Strohal Das deutsche Erbrecht [3. Aufl.] I S. 292 ff.) muß für das österreichische Recht immer noch zur Grundlage dienen, vgl. Unger Erbrecht § 27 N. 7.

[17] Slg. 7101 und 10345, N. F. 84, 1208 und 1898.

[18] Anders die sogenannte kumulative Schuldübernahme. Sie bedeutet eine „Zuwendung" ebenso wie das legatum debiti (§ 665); wie diese dem Gläubiger neben dem alten einen neuen Anspruch (aus einem zweiten Rechtsgrund) verschafft, so jene einen neuen Anspruch (gegen eine zweite Person). Der Sache nach richtig Hasenöhrl I S. 470 f.; denn was er „Zahlungsübernahme nennt, ist vielmehr kumulative Schuldübernahme": Unger Schuldübernahme S. 31 N. 56. Nicht recht klar Horn GZ. 1902 S. 94 und 99 und Ofner S. 331 f. Auf die vielumstrittene Frage, ob die Übernahme von Hypothekarschulden durch den Käufer (vgl. Hasenöhrl S. 473 f. N. 46) regelmäßig überhaupt als Schuldübernahme (oder bloß als Zahlungsübernahme) und ob sie als privative oder kumulative gemeint sei, ist hier nicht einzugehen.

[19] Die Zahlung setzt deshalb volle Handlungsfähigkeit des Empfängers voraus (§ 1424); sie ist ein „entgeltliches Geschäft" (§ 1414) nicht minder wie die datio in solutum. Krainz § 136 kommt allerdings für sein „Zahlungsmandat" zu einem anderen Schlusse (§ 136 N. 3).

Kreis des § 1019,[20] noch auch die einfache Zahlungsübernahme.[21]

b) Die Wirkung des Auftrages zum Vorteile eines Dritten ist ein Erfüllungsanspruch des Dritten gegen Mandanten und Mandatar, der, wenn anders man sich an den klaren Wortlaut des § 1019 hält,

α) ihm unmittelbar aus dem zwischen jenen geschlossenen Bevollmächtigungsvertrage (dem „erhaltenen und angenommenen Auftrag") erwächst in dem Augenblicke, da er von diesem Vertrage durch den Einen oder den Anderen „benachrichtigt" worden ist.[22] Daß es eines Beitrittes, einer Annahme des Dritten bedürfte, ist durch nichts im Gesetzestexte angedeutet.[23] Und eine solche Annahme braucht denn auch nicht fingiert oder durch Auslegung des Stillschweigens als Konsens künstlich hineingetragen zu werden,[24] mag auch immerhin

[20] Vgl. oben § 67 N. 17. Die Judikatur schwankt namentlich bezüglich der häufig hereinspielenden Frage, welche oben in N. 18 a. E. berührt ist; auf dem Standpunkte des Textes stehen bezüglich der Assignation Slg. 747, 8832, 10826, 15833 und N. F. 1096, während Slg. 1533, 7774 und die 2. Instanz Slg. 12147 den § 1019 heranziehen, s. auch die Entsch. bei Riehl Spruchprax. 1905 S. 103.

[21] Vgl. oben S. 480 f. Ofner S. 332.

[22] S. dazu noch unten N. 29. Die Benachrichtigung kann in beliebiger Form, daher füglich auch indirekt durch Veranlassung der Eintragung in das Grundbuch (Slg. 7774 im Gegensatze zu Slg. N. F. 1096 geschehen, aber sie muß doch durch einen der beiden Kontrahenten, Mandanten oder Mandatar, veranlaßt sein (bedenklich daher Slg. N. F. 1636).

[23] Im Gegensatze zur Assignation, s. oben S. 480 f., bei. N. 18. Auch sonst „bedient sich das ABGB. des Ausdruckes „Benachrichtigen" (§§ 455 und 931), „Nachricht geben" (§§ 926, 1290 und 1405) stets in einem Zusammenhange, der nicht entfernt eine Annahme des Benachrichtigten erwarten läßt": Krasnopolski S. 614. Wenn ein großer Teil unserer Schriftsteller dennoch Annahme des Tertius fordern zu müssen glaubt, so geschieht dies in der Tat nicht auf Grund des Gesetzestextes, sondern aus Gründen der theoretischen Konstruktion oder nicht überzeugender und nicht maßgebender Folgerungen aus der Entstehungsgeschichte des § 1019: so vor allen Zeiller III S. 299 und IV S. 102 (dessen Gewicht in dieser Frage aber Ehrenzweig S. 84 ff. überschätzt, wie Krasnopolski S. 589 ff., 606 und 612 dargetan hat), dann die Kommentare von Nippel, Winiwarter und Stubenrauch zu § 1019, Dolliner S. 166 f., Ofner S. 319 („die Protokolle lassen keinen Zweifel übrig" — ? —), Ehrenzweig S. 85 f. — Für entbehrlich halten eine Beitrittserklärung des Dritten Steinbach S. 55, Randa Eigentumsrecht I S. 218 f., Krasnopolski S. 610 ff., Larcher S. 75, Kirchstetter (4. Aufl.) S. 525, Hasenöhrl S. 466, Krainz I S. 359 f. (allerdings mit Zuhilfenahme einer „stillschweigenden Ermächtigung"!), Schuster S. 21, Staub-Pisko a. a. O. S. 95. — Die Judikatur hält zumeist prinzipiell an der Notwendigkeit des Beitrittes des Dritten fest, begnügt sich aber mit der Klageanstellung oder Einrede als Ausdruck dieses Beitritts (vgl. Ehrenzweig S. 60 N. 17), was praktisch dem Fallenlassen dieses Postulates gleichkommt, vgl. Krasnopolski S. 610 f., Steinbach S. 58.

[24] Daß solche Berufung auf „stillschweigende" Annahme (wie in der am

der legislative Gedanke im § 1019 mitgewirkt haben, daß bei Zuwendung eines reinen Vorteils ipso-jure-Anfall des Anspruches durchaus ebenso natürlich erscheine, wie bei letztwilliger Zuwendung durch Legat.[25] Die „Benachrichtigung" ist also nicht bloß Offerte eines von ihm abzuschließenden Vertrages an den Dritten — weder Einzelofferte des Mandatars oder des Mandanten, der ihn „benachrichtigt", noch Kollektivofferte beider — sondern eben Mitteilung von dem für ihn wirksam bereits geschlossenen Vertrage.[26] Die „Benachrichtigung" unterliegt daher nicht den Normen über die Geltung, insbesondere nicht die Geltungsdauer der Offerte.[27]

β) So lange der Dritte noch nicht „benachrichtigt" ist, kann der zu seinen Gunsten gegebene Auftrag vom Machtgeber widerrufen, vom Machthaber zurückgelegt werden — nicht weil bis dahin nur eine dem Oblaten noch nicht zugekommene Offerte vorläge, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen des Mandats, welche „re integra" Widerruf und Kündigung zulassen (§§ 1020, 1021). Nur das ist die positive Einschränkung, die § 1019 für den besonderen Fall gibt, daß ein Rücktritt für beide Kontrahenten ausgeschlossen ist, sobald einmal der Auftrag durch Verständigung des Dritten sein Ziel erreicht hat.[28]

Ende der vorigen Note erwähnten Spruchpraxis) nichts ist als eine wertlose „konstruktive Fiktion", hat Ehrlich Die stillschweigende Willenserklärung S. 235 f. treffend gezeigt.

[25] Vgl. Ehrlich a. a. O. S. 234 f., Pfaff-Hofmann Exkurse II S. 329 N. 58. Das Bedenken, daß „invito beneficium non datur" (Dolliner S. 166) steht hier ebensowenig entgegen wie beim Vermächtnis. Sehr richtig sagt über diese Regel Lambert Du contrat en faveur de tiers (1893) p. 110: „elle confère seulement aux légataires la faculté de répudier le bénéfice du legs. Il en est exactement de même en matière de stipulation pour autrui". Demgemäß wird auch auf Grund § 1019 ABGB. nicht anders zu urteilen sein, als nach §§ 328 und 333 deutsch. BGB.

[26] S. § 1019 v. „davon benachrichtigt", d. i. von dem „erhaltenen und angenommenen" Auftrag, also dem bereits perfekten Vertrag. Gegen die überfeine Vorstellung eines bloßen pactum de contrahendo bei Ehrenzweig S. 87 ff. und 92 (ein Anklang schon bei Nippel VII S. 101), siehe Krasnopolski S. 608 und 615 Rappaport Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis S. 149 N. 4.

[27] Daß der Gedanke der Offerte schon mit Rücksicht auf deren für eine gewisse Frist unbedingt bindende Kraft mit dem Standpunkte des § 1019, nämlich einem vorerst grundsätzlich widerruflichen (§ 1020) Auftrag, unvereinbar ist, hat mit Recht schon Steinbach S. 51 bemerkt. Ebenso ist es anderseits aufliegend, daß das mandatum in favorem tertii nicht etwa nur für die gesetzliche Annahmefrist des § 862 wirksam bleiben kann und soll — vgl. Slg. 12862, auch Ehrlich a. a. O. S. 235 f. — sowie daß (nach § 1022) zwar ein mandatum post mortem (s. oben N. 17), nicht aber (nach § 918) eine vererbliche Offerte anzuerkennen ist.

[28] Hasenöhrl S. 480 (der aber N. 11 ohne Grund das Rücktrittsrecht des Mandatars auch in dieser Zwischenzeit ablehnt), Krainz S. 364. Daß der Auftrag durch den Tod des Promissars auch vor Benachrichtigung des Dritten unwiderruflich werde, läßt sich

Die Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages durch den Tod eines der Kontrahenten ist nicht zwingenden Rechtes (§ 1022), daher ein post mortem wirksamer Auftrag zu Gunsten Dritter nicht ausgeschlossen.

γ) Der Anspruch des Begünstigten richtet sich „gegen den Einen oder den Andern" — nach seiner Wahl, nicht etwa jeweils nur gegen denjenigen von ihnen, der ihn „benachrichtigt" hat.[29] Gegenstand dieses Anspruches ist der ihm zuzuwendende „Vorteil". Nichts anderes kann eine unbefangene Auslegung aus dem Zusammenhange des § 1019 entnehmen.[30] Der Dritte hat „Klage zu führen" gegen den Mandatar auf Leistung dessen, was dieser laut empfangenen Auftrages an Vermögenswert ihm zuführen soll, Zuzählung[31] einer Geldsumme z. B. als Geschenk, oder Überlassung des Eigentums einer bestimmten species, oder auch nur Herausgabe des Besitzes einer Sache u. dgl.[32] Ganz ebenso aber auch gegen den Mandanten; nichts in der Gesetzesstelle deutet an, daß der Klagsanspruch des Dritten gegen ihn einen anderen Inhalt hätte, als der gegen den Machthaber. Auch von dem Auftraggeber also verlangt der Dritte zunächst und unmittelbar die „Zuwendung des Vorteils", der dem Auftrag gemäß ihm durch den Beauftragten zuzukommen hat, dasselbe „dare" oder „facere", welches der Letztere zu leisten hätte, nicht etwa von vorneherein bloß die Veranlassung dieses Letzteren zu der Leistung.[33] Allerdings, wenn der Mandant nicht in der Lage ist, die Leistung selbst zu vollziehen — und das kann je nach der Natur der „Zu-

---

nicht so allgemein behaupten wie bei Steinbach S. 55 f. Für andere Verträge zu Gunsten Dritter mag es „logisch notwendig" sein, so zu folgern, allein gerade für den Auftrag des § 1019 nicht, der eben seine besondere causa hat: vgl. noch unten § 84.

[29] Wie Dolliner S. 167 f. (ähnlich Nippel VII S. 102) behauptet. — Da der einmal „benachrichtigte" Dritte somit den Anspruch nach seiner Wahl gegen den Machthaber wie den Machtgeber geltend machen kann, so ergibt sich eine besondere Art solidarischer Obligation, s. Binder Die Korrealobligationen S. 501, Schuster S. 21.

[30] Namentlich nicht einen Anspruch des Dritten auf einen mit ihm erst abzuschließenden Vertrag nach Art des Anspruchs aus einem pactum de contrahendo, s. oben N. 26.

[31] Nicht „Zahlung (solutio)" i. e. S., s. oben S. 632.

[32] Nebensächlich, vom Standpunkte des begünstigten Dritten, ob ihm der Mandatar diese Leistung aus Eigenem oder auch formell im Namen des Mandanten macht, vgl. oben S. 630. Anders Ehrenzweig S. 91 f., s. dagegen oben N. 26. Die causa dieses Anspruches des Dritten gegen den Mandanten ergibt sich aus den „Sonderbeziehungen" zwischen diesen beiden Personen, wie Rappaport a. a. O. S. 147 richtig bemerkt.

[33] Wie Dolliner S. 167, Ellinger zu § 1019, Stubenrauch II S. 241 f. meinen.

wendung" schon von Anfang an der Fall sein[34] — dann tritt hier, wie überall (§ 912), der Ersatz des Interesses an Stelle der versprochenen Leistung, richtet sich also der Anspruch des Dritten auf Schadenersatz. Und dieser „Schadenersatz" kann im Geiste des § 1323 pr. zunächst in der Form der Veranlassung des Mandatars zur Leistung begehrt und prästiert werden, in letzter Linie aber stets in Gestalt des Schätzwertes.[35]

Der Gedanke ist offenbar der — und darin liegt die der modernen Theorie bedenkliche Verquickung des pactum in favorem tertii mit der Stellvertretung —: Steht einmal fest, daß der Auftraggeber durch den Beauftragten dem Dritten eine „Zuwendung" machen, der Beauftragte das Organ dieser Zuwendung sein will, so wird die volle Wirkung dieser „Bevollmächtigung" nach außen am besten dadurch gesichert, daß dem Dritten ein Anspruch gegen den Urheber, wie gegen das Organ der Zuwendung zuerkannt ist.[36] Dieser Gedankengang dürfte auch die Lösung der Frage bieten,

c) ob der Auftrag zum Vorteil eines Dritten gemäß § 1019 einer besonderen Form bedarf, wenn die Geschäftskausa, die durch denselben zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten verwirklicht werden soll, gesetzlich eine solche erfordert, wie z. B. die Zuwendung donandi causa oder dotis causa nach dem Notariatsgesetze vom 25. Juli 1871.

Man wird beachten müssen einerseits, daß angesichts des unmittelbaren Klagerechts des Begünstigten gegen den Mandanten, die

[34] So z. B. wenn die eigene Sache des Mandatars Gegenstand der „Zuwendung" sein soll. Doch muß das nicht immer der Fall sein, wovon mit Unrecht Binder a. a. O. S. 501 ausgeht. Andererseits ist doch festzuhalten: Wo die Leistung an den Dritten von Anfang so beschaffen ist, daß deren Vollzug nicht nur durch den Promissar, sondern auch auf dessen Rechnung ausgeschlossen erscheint, ist die Grenze des § 1019 überschritten, schon aus diesem Grunde daher dessen Anwendung auf die Lebensversicherung (s. unten § 84 a. E.) verfehlt.

[35] Darin liegt die oben N. 29 angedeutete Eigenartigkeit dieses Solidaritätsverhältnisses. Zu weit aber scheint mir Krasnopolski S. 616 zu gehen, wenn er für den im Texte zuletzt erwähnten Fall die Klage gegen den Auftraggeber ganz versagt. Nach der Ansicht von Krainz S. 363 hingegen entstünde, dem Wortlaute des § 1019 zuwider, aus dem Mandate eine (neue) Klage für den Dritten überhaupt nicht!

[36] Die Beratungen (über III § 119 Urentwurf), welche zu dem jetzigen § 1019 führten (vgl. Ofner Prot. II S. 52 f.) lassen deutlich erkennen, daß es das Problem der Stellvertretungswirkung war, mit dem man sich befaßte. Vgl. dazu Schloßmann Die Lehre von der Stellvertretung II §§ 16 und 17 über die „verschiedenen möglichen Wege der rechtlichen Behandlung der Vertretungsverhältnisse", insbes. S. 130 f.

causa der „Zuwendung" an den Dritten schon durch den gegebenen und angenommenen Auftrag gesetzt erscheint; daher ist notwendig, daß dieser, d. i. der Bevollmächtigungsvertrag gegebenen Falles den gesetzlichen Solennitäten jener causa Genüge leiste,[37] wenn er z. B. auf Bestellung eines Heiratsgutes lautet, oder falls er auf Zuwendung einer Schenkung geht, dann die Notariatsform trage, wenn er nicht mit der „wirklichen Übergabe" des Gegenstandes verbunden ist. Es wird aber anderseits nicht zu vergessen sein, daß die Rechtswirkung jener Geschäftskausa eben schon aus dem Vertrage zwischen dem Machtgeber und Machthaber entspringt, nicht erst aus einem Vertrage des Letzteren mit dem Dritten; daher genügt es, daß die Formerfordernisse zwischen Machthaber und Machtgeber erfüllt sind (Notariatsakt über den Auftrag, „wirkliche Übergabe" an den Beauftragten),[38] während die Leistung des Machthabers an den Dritten als Obligationserfüllung nicht der Formen des gültigen Abschlusses des betreffenden Vertrages bedarf.[39]

§ 84.

d) Für die Lehre von den „Verträgen zu Gunsten Dritter" im allgemeinen nach österreichischem bürgerlichen Rechte ist mit vorstehenden Ausführungen nur das gewonnen — aber auch das nicht ohne Wert — daß die Bedeutung des § 1019 für diese Lehre richtig eingeschätzt werden kann.

Ist einmal erkannt, daß § 1019 nicht mehr und nicht weniger anordnet, als besondere Wirkungen („nach außen") eines beson-

[37] Dies verkennt Slg. 14077. — Allerdings ist, mit Krasnopolski S. 607 f., die Einschränkung zu machen, daß, falls die Benachrichtigung des Dritten vom Machtgeber ausgeht, lediglich diese der Form entsprechen muß; weil dann für das Recht des Dritten gegen den Machtgeber die Frage, ob der Auftrag wirklich gültig war, gleichgültig ist.

[38] Anders Slg. 15249 während Slg. N. F. 2251 (wenn auch mit nicht gelungener Begründung) zu dem Ergebnisse des Textes gelangt.

[39] Die rigorose Auffassung von Ehrenzweig S. 90 f. ist nur die Konsequenz seiner Anschauung von der Bedeutung der „Benachrichtigung" des Dritten (s. oben N. 23 und 26) während Hasenöhrl S. 468 N. 28 entsprechend seiner Grundidee von dem „einseitigen Versprechen" die Frage nach der für Schenkungsverträge vorgeschriebenen Form für gegenstandslos erklären zu können meint. Bedenklich Krainz S. 363; nicht befriedigend auch Frankl Die Formerfordernisse der Schenkung S. 147, der die Bedeutung der zwischen Promissar und Drittem zu realisierenden causa vernachlässigt, oder Ofner S. 322 f., der allerdings praktisch zu ähnlichen Ergebnissen gelangt wie der Text. Vgl. noch Hellwig a. a. O. S. 68, dessen Grundsätze bezüglich der Formfrage wie so manche andere, vgl. unten § 84) auf den Spezialfall des § 1019 nicht kritiklos übertragen werden dürfen.

deren Falles des Bevollmächtigungsvertrages, so besteht keine Nötigung und keine Berechtigung, in demselben eine darüber hinausgehende allgemeine Normierung des Rechtsinstitutes der Verträge zu Gunsten Dritter zu suchen.[1] Anderseits darf man doch das Auge auch dagegen nicht verschließen, daß § 1019 eben jenen besonderen Fall des Mandates so ausgestaltet, daß er nach Voraussetzungen und Wirkung die charakteristischen Merkmale des in der Theorie entwickelten Begriffes des Vertrages zu Gunsten eines Dritten aufweist. Denn er läßt aus dem zwischen dem Mandanten A und dem Mandatar B zu stande gekommenen Vertrage unmittelbar für den Dritten, C, einen Rechtsanspruch gegen B entspringen, ohne daß Letzterer als sein, des C, Bevollmächtigter oder auch nur als sein unbeauftragter Geschäftsführer auträte. Lediglich aus der Geschäftskausa zwischen A und B und lediglich, um noch eine andere Geschäftskausa zwischen A und C zu verwirklichen, entsteht also der Anspruch des C gegen B — zwischen welchen eine Geschäftskausa überhaupt nicht besteht;[2] darin aber liegt das Wesen der Verhältnisse begründet, die mit Recht den Namen des „Vertrags zu Gunsten eines Dritten" führen.[3]

[1] Und doch ist diese Anschauung, daß „unser bürgl. GB. die Verträge zu Gunsten Dritter unter den Begriff des Auftrages (im § 1019) subsumiert" — Steinbach S. 51 — allgemein verbreitet, siehe die Darstellungen bei Krainz § 136 oder Schuster S. 21, GH. 1875 Nr. 41 S. 162, Kirchstetter S. 525, Onciul Der Versicherungsvertrag S. 130, dann beispielsweise Slg. 12862 und N. F. 2477; vgl. auch unten N. 20. Insoweit hatte die naivere Auslegung der älteren Schule, die in § 1019 nur einen „Bevollmächtigungsvertrag" erblickte — s. z. B. Baievi zu § 1019, Dolliner a. a. O., Larcher S. 75, Czoernig Grünhuts Ztschr. XVII S. 127 — das richtigere getroffen. Von neueren hebt Hasenöhrl S. 476 und 479 ff. wenigstens die „Fälle des § 1019" als eine besondere Gruppe hervor. Verdienstlich ist in dieser Richtung die Arbeit von Dniestrzanski, die § 1019 zunächst einfach als eine Norm des „Auftrags" ins Auge faßt; leider läßt er sich durch seine historischen Ergebnisse (S. 283 f.) dazu verleiten, den „Auftrag" des § 1019 auf das „Realmandat" einzuschränken (S. 345 ff.), eine Einschränkung, der er dann freilich wieder durch Fiktionen zu entgehen sucht (S. 238).

[2] Gleichwohl kann die Forderung des C nicht eine abstrakte genannt werden; sie hat ihren Ursprung in dem Vertrage des A mit B (s. oben § 83 N. 6) und die Grundlage des Anspruches des C gegen B ist eben die Geschäftskausa, die zwischen A und B obwaltet (vgl. Rappaport a. a. O. S. 147 f.) — im Falle des § 1019 die Kausa der „Geschäftsbesorgung". Auch für das österreichische Recht wird daher bezüglich der Einreden, die B dem C entgegensetzen mag, derselbe Satz gelten, wie nach dem deutsch. BGB. § 334: „Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu". Vgl. dazu Rappaport a. a. O. S. 139 f. — Über die Konsequenz, die sich daraus für die Frage des Formerfordernisses ergibt, s. oben § 83 c).

[3] So wohl immer noch am besten charakterisiert bei Zimmermann Die Lehre von der stellvertretenden negot. gestio S. 84 f. (vgl. dazu Strohal

Daß nach der eigentümlichen Vorschrift des § 1019 daneben auch noch ein unmittelbarer Anspruch des Dritten, C, gegen den Mandanten A ins Leben tritt, ändert an dem Wesen der Sache nichts.[4]

Somit beweist § 1019 zum mindesten soviel, daß das ABGB. ein wirksames pactum in favorem tertii nicht für undenkbar hält;[5] denn es gibt im § 1019 für einen bestimmten Typus eines solchen die gesetzliche Norm. Aber eben nur für einen einzelnen Typus, das mandatum in favorem tertii. Wie es sonst mit Verträgen zu Gunsten Dritter steht, darüber sagt § 1019 nichts.

Ist dem so, so erscheint nun aber der alte Zweifel über das Verhältnis des § 1019 zu § 881[6] nicht mehr so schwerwiegend. Wer im § 881 geradezu die Ungültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter als Regel ausgesprochen findet,[7] der muß § 1019 — wenn anders er nicht gerade diesem jede Beziehung zu den Verträgen zu Gunsten Dritter absprechen will[8] — als eine „Ausnahme", vielleicht die einzige im ABGB. zu entdeckende Ausnahme[9] von § 881 hin-

---

Grünhuts Ztschr. IX S. 89); mit bloß formalen Abgrenzungen des Begriffs, wie z. B. bei Hasenöhrl S. 450 f. (woselbst auch diesbezügliche Literaturangaben), ist nicht viel gewonnen. Auch für das neue deutsche bürgerliche Recht, dessen § 328 BGB. von dem weiteren Begriffe des „Versprechens der Leistung an einen Dritten" ausgeht (vgl. Leonhard Der allg. Teil S. 332 f.), hebt doch Hellwig a. a. O. S. 158 die im Texte bezeichneten als „wirkliche Verträge in favorem tertii" heraus.

[4] Obgleich zugegeben werden mag, daß § 1019 — was sich aus seinem Zusammenhang mit der Stellvertretung (s. oben § 83 N. 36) erklärt — keinen sozusagen theoretisch-reinen Vertrag zu Gunsten Dritter ergibt, vgl. Menzel Grünhuts Ztschr. XI S. 668 N. 98, Rappaport a. a. O. S. 145. Daß er aber nur einen „rudimentären Ansatz" biete (so Ofner S. 328 und Horn GZ. 1902 S. 99), ist doch nicht richtig.

[5] Insoweit ist die Berufung auf § 1019 z. B. in den Gründen der zweiten Instanz Slg. 11462 und 11610 berechtigt.

[6] In unserer Literatur über die Verträge zu Gunsten Dritter steht zumeist diese Frage an der Spitze, s. z. B. Krasnopolski S. 586, Stubenrauch zu § 1019, Canstein Lehrb. des österr. Handelsrechts II S. 93 u. A.

[7] So Winiwarter, Stubenrauch, Kirchstetter (in den älteren Auflagen, vgl. 4. Aufl. S. 460 f. N. 9) zu § 1019, Unger Die Verträge zu Gunsten Dritter S. 97, Krainz II S. 85, Ehrenzweig S. 93, Schuster S. 20, Larcher S. 73 und 76 (seine Verbesserung des Textes des § 881 „von dem Gesetze" statt „von den Gesetzen" ist mindestens überflüssig); auch Pfaff Grünhuts Ztschr. I S. 218 findet die Zulässigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter im ABGB. „so gut wie negiert". Hasenöhrl I S. 464 f. stellt als Regel deren Ungültigkeit auf, wenngleich nicht auf Grund § 881.

[8] So Ofner S. 327 ff. (auf was er dann die Geltung der „eingebürgerten" Fälle S. 330 f. stützt, ist nicht recht ersichtlich), wohl auch Unger a. a. O. S. 99 f., Gareis Die Verträge zu Gunsten Dritter S. 179 und Ehrenzweig S. 77 (obgleich er das S. 96 als „traurigen Mißstand" erkennt); s. dagegen Steinbach S. 49 f., Rappaport S. 147.

[9] Schuster S. 21, Krainz II S. 85; vgl. Onciul a. a. O. S. 130; als „Ausnahme" anerkennen Stuben-

stellen. Von diesem Standpunkte ist dann allerdings begreiflich die Tendenz, alle Verträge zu Gunsten Dritter, um sie überhaupt unter Dach bringen zu können, dem § 1019 unterzuordnen, also deren Wirkungen überall nach § 1019 zu bestimmen, eine Tendenz, die aber nicht bloß zu gewaltsamen Auslegungen dieser Gesetzesstelle, sondern auch für manche Gattungen von Verträgen zu Gunsten Dritter zu praktisch widrigen Ergebnissen führen muß.[10] Indessen, auch wenn man dem anderen Extreme zuneigt und dafür hält, daß § 881 seinerseits nichts mit den Verträgen zu Gunsten Dritter zu schaffen habe,[11] steht die Sache nur insoferne anders, daß dann § 1019 nicht eine „Ausnahms"-Bestimmung darstellt; nichts desto weniger aber bleibt es wahr, daß er eine allgemeine Normierung der Verträge zu Gunsten Dritter nicht bietet, sondern nur die eines Spezialfalles, des „Auftrags" zum Vorteile eines Dritten. Nur darin zeigt sich der Unterschied von jener ersten Interpretation des § 881, daß nach dieser Auffassung die durch § 1019 nicht gedeckten Fälle nicht als (durch § 881) ausgeschlossen erscheinen, sondern als ein neutrales Gebiet, für welche es an einer ausdrücklichen Norm im Gesetze fehlt, die Norm daher Sache der richterlichen „Rechtsfindung" bleibt.

Und darauf dürfte in der Tat die richtige Würdigung des § 881 hinauskommen, der weder zu leicht noch zu schwer genommen werden darf. Sein erster Gedanke ist allerdings der von der letzterwähnten Auslegung vertretene, daß ein Vertragsschluß „für einen Anderen" mit direkter Wirkung zu dessen Gunsten (wie zu dessen Lasten) nur möglich sei, wenn der Promissar in (offener) Vollmacht für den Dritten handle,[12] also zunächst nur der Ausschluß der sogenannten „stellvertretenden negotiorum gestio".[13] Allein in der Rechtslehre des XVIII. Jahrhunderts, der § 881 entstammt, im Gedankenkreise einer Theorie, die weder den Auftrag von der Vollmacht, noch das Handeln in Vertretung von dem Handeln zu Gunsten eines Dritten zu scheiden wußte,[14] für die daher sowohl die direkte Stell-

rauch II S. 46, Larcher S. 97, Krasnopolski S. 217 ff. insbesondere noch § 1287, während Unger S. 99, Lemayer GZ. 1869 S. 330 N. 14 und Ehrenzweig S. 93 f. gar keine Ausnahme von § 881 gelten lassen.

[10] Vgl. unten N. 26 und 28.

[11] Krasnopolski S. 589 f., Hasenöhrl S. 464; vgl. noch unten N. 14 und 17.

[12] Vgl. Krasnopolski S. 588; ebenso ist aber auch § 1019 seinem Ursprunge nach ein Satz des Stellvertretungsrechts gewesen, s. oben § 83 N. 36.

[13] In dem Sinne von Zimmermann a. a. O. S. 136.

[14] Vgl. Steinbach S. 50 und oben N. 12; das zeigt sich auch im PrLR. I 5 §§ 74 ff., bezw. I 13 §§ 2 und 4.

vertretung wie der Vertrag zu Gunsten Dritter sich auf dem Boden des Mandatsvertrages mit dem alten Satze „alteri stipulari nemo potest" auseinanderzusetzen hatte, bedeutete die Ablehnung der „Annahme eines Versprechens für einen Anderen" auch die Ablehnung des Vertrags zu Gunsten eines Dritten. Muß deshalb doch wieder der ersten oben erwähnten Beurteilung des Verhältnisses zwischen § 881 und § 1019 Recht gegeben werden? Es wäre vielleicht nicht zu gewagt, durch eine „duplex interpretatio" dem § 881 diese Spitze abzubrechen, indem man für die heute geltende Rechtsanwendung — was mit dem Wortlaute gewiß verträglich ist[15] — die weitergehende Bedeutung ablehnte, die er vermöge einer theoretischen Unklarheit im Sinne seiner Verfasser haben mußte,[16] und ihn wirklich nur auf die „stellvertretende negotiorum gestio" und überhaupt nicht auf die Verträge zu Gunsten Dritter bezöge.[17]

Indes auch ohne so radikal vorzugehen, ohne den ursprünglichen Gedanken des Paragraphen fallen zu lassen, wird man sagen dürfen: § 881 läßt als Regel direkte Wirkung weder der unbeauftragten Geschäftsführung noch des Vertrags zu Gunsten Dritter gelten; auf beides muß sich dann aber auch sein Vorbehalt beziehen — „außer den von den Gesetzen bestimmten Fällen". So wenig man nun diesen Vorbehalt bezüglich der Stellvertretung ängstlich dahin versteht, daß überall nur dort, wo eine ausdrückliche Gesetzesnorm für ein besonderes Verhältnis dies ausnahmsweise statuiere, Stellvertretungswirkung

---

kein Wunder daher, wenn man in jener Zeit negotiorum gestio und Vertragsschluß zu Gunsten Dritter zusammenwarf, wie bei Zeiller III S. 51; bedauerlich aber, wenn dies immer noch in unserer Praxis — siehe Slg. 6355 und 9869 — und Literatur wiederkehrt, wie bei Ogonowski Die Geschäftsführung ohne Auftrag S. 96 ff., GH. 1875 Nr. 39 ff., Larcher S. 74 (besser bereits Turnes Jurist XVI S. 432 ff. und Ellinger zu § 881) s. dagegen auch Dniestrzanski S. 50.

[15] Vgl. auch Krasnopolski S. 594. Eine ganz ähnliche „duplex interpretatio" für das Recht des Code Art. 1119 und 1121 (deren erster, gleich unserem § 881, die alte Regel „alteri nemo stipulari potest" rezipiert, während der letztere, gleich § 1019, einer Ausnahme Raum gibt) in dem interessanten Buche von Lambert Du contrat en faveur de tiers (1893), s. nur p. 1 s., p. 10 — wogegen sich m. E. mit Unrecht Pacchioni I contratti a favore di terzi p. 197 ss. verwahrt.

[16] Wie sehr man sich hüten muß, den Wert der Erforschung des „Willens der Redaktoren" aus den Materialien des ABGB. zu überschätzen, lehrt vielleicht gerade die neue Literatur des § 1019, in welcher seit Steinbach S. 44 ff. der Streit über das „Rätsel" des § 1019 selbst (Unger S. 99) zu einem Streit über die „Protokolle" zu werden droht, s. Ofner S. 313 ff., Ehrenzweig S. 76 ff., Krasnopolski S. 594 ff.

[17] Ich habe diese Ansicht schon oben § 8 N. 26 angedeutet.

eintrete, sondern so, daß dies der Fall sei, wo immer eine gesetzlich anerkannte causa eines Rechtsverhältnisses eine Vertretungsmacht begründe, ebensowenig braucht bezüglich der Verträge zu Gunsten Dritter die Frage gestellt zu werden, ob und in welchen besonderen Gesetzesstellen ein jus singulare gegenüber § 881 niedergelegt sei, sondern auch hier ist zu behaupten: wo immer ein vom Rechte sanktioniertes Kausalverhältnis das verlangt,[18] kann der Vertrag zu Gunsten eines Dritten wirksam werden. Ein solches Kausalverhältnis, das Mandat zu Gunsten eines Dritten, hat im ABGB. gelegentlich noch genauere Normierung gefunden, im § 1019, aus der Natur dieser causa (der „Geschäftsbesorgung") heraus. Andere sind damit nicht ausgeschlossen, aber allerdings auch durch § 1019 nicht geregelt.[19] Höchstens eine analoge Anwendung auf andere Fälle, und mit der gebotenen Vorsicht, kann in Frage kommen.

Diese Analogie aber trifft, um nur eine Andeutung zu geben, nicht schon deshalb zu, weil in irgend einem Vertrage der Schuldner eine Leistung an einen Dritten übernimmt, einen „Auftrag" also im populären Sinne des Wortes zum Vorteil eines Dritten[20] — damit fielen schließlich doch wieder alle Verträge zu Gunsten Dritter unter § 1019[21] —; die Analogie ist nur dort am Platze, wo die charakteristischen Momente des „Auftrages" im technischen Sinne trotz sonstiger Verschiedenheit der Vertragskausa zu Tage treten:[22] Besorgung einer Zuwendung an den Dritten für Rechnung des Auftraggebers, so daß mittelbar dieser es ist, der dem Dritten die Zuwendung macht. Das wird, beispielsweise, gelten dürfen für den Hinterlegungsvertrag bei vereinbarter Herausgabe des Depositums an einen Dritten, ist doch das Depositum seinem Wesen nach man-

[18] Auch die gemeinrechtliche Theorie hatte diesem Ergebnisse zugestrebt, vgl. Gareis Die Verträge zu Gunsten Dritter S. 209 ff. Und so darf auch mit Lambert l. c. p. 8 (vgl. oben N. 15 Art. 1121 Code verstanden werden: „lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même".

[19] Auch dies bereits oben § 40 N. 25 angedeutet.

[20] So z. B. meint Horn a. a. O. S. 93, der Erbschaftsverkauf schließe (§ 1282) „den vom Erben erhaltenen Auftrag in sich", die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen und falle daher unter § 1019; oder erblickt gar Ofner S. 328 in der Lebensversicherung im Sinne des § 1019 den „Auftrag an die Versicherungsgesellschaft, den versicherten Betrag an den Dritten zu bezahlen". S. auch oben § 83 N. 8.

[21] So, trotz des richtigen Ausgangspunktes (oben N. 1), Larcher S. 85, aber auch Krainz S. 361 und Dniestrzanski S. 346. Gegen den letzteren s. auch Kipp Ztschr. für HR. LVII S. 218 f.

[22] Richtig daher Slg. N. F. 1096 und die 2. Instanz Slg. 10780 und 15796; vgl. unten N. 25.

datum custodiae (vgl. § 960);[23] desgleichen die Schenkung — oder sonstige Hingabe einer Sache (datio ob causam) — mit der Auflage der Verwendung der Sache zum Vorteil eines Dritten, im ABGB. geradezu auch „Auftrag" genannt (§ 709, bzw. § 901).[24] Unter diesem Gesichtspunkte rechtfertigt sich auch durch § 1019 die Anerkennung des direkten Anfalles des Rechtes aus einer der Schenkung unter Lebenden beigefügten sogenannten fideikommissarischen Substitution.[25] Bei anderen Typen von Verträgen zu Gunsten Dritter aber widerstrebt die ganze Struktur des Verhältnisses der Subsumtion unter die Kategorie des „Auftrages",[26] d. i. der Geschäftsbesorgung im Namen des Promissars, so vor allem in dem vielleicht wichtigsten der einschlägigen Fälle, der Lebensversicherung;[27] deshalb hier die Unanwendbarkeit der Sätze des § 1019 über Voraussetzungen und Zeitpunkt des Rechtserwerbs des Dritten (des durch die Versicherung Begünstigten).[28]

[23] S. darüber oben § 40 N. 25; vgl. Slg. 14585.

[24] Vgl. Krasnopolski S. 601 f., Slg. 13493; und über den dogmengeschichtlichen Zusammenhang des Vertrags zu Gunsten Dritter mit der Zuwendung sub modo überhaupt Steinbach S. 50 ff. und Dniestrzanski S. 257. Unger a. a. O. S. 98 f. versagt dem Dritten auch hier das Klagerecht, obgleich er Syst. II S. 102 N. 10 dem Modus in der Tat den Charakter eines Auftrags zuerkennt; Krainz hingegen leugnet letzteres I S. 300 N. 5, zählt aber dennoch S. 361 die donatio sub modo unter die Fälle des § 1019.

[25] S. Steinbach S. 57, Randa Das Eigentumsrecht I S. 218 f., Slg. 423 und 14948, während Slg. N. F. 2227 hier doch wohl wenigstens die Analogie des § 1019 hätte gelten lassen sollen.

[26] Namentlich wenn man bedenkt, daß die Widerruflichkeit (§ 1020) zu dessen charakteristischen Eigenschaften gehört, s. oben S. 634, Steinbach S. 51.

[27] Für welchen Ofner S. 328 den § 1019 heranzieht (siehe oben N. 20), ebenso z. B. Slg. N. F. 381. Richtiger hier Kirchstetter S. 526 N. 8, Hasenöhrl S. 481 f.; schwankend Stubenrauch, der bei § 881 als „Ausnahmen" a) die Lebensversicherungsverträge, b) das „Zahlungsmandat" des § 1019 trennt, bei § 1019 aber, S. 242 N. 4, die ersteren zu den „Fällen gemäß § 1019" rechnet. Onciul a. a. O. S. 124 ff. entgeht der Schwierigkeit der Subsumtion unter § 1019 dadurch, daß er der Lebensversicherung überhaupt die Natur eines Vertrags zu Gunsten Dritter abspricht. Wie unsicher überhaupt bis in die neuere Zeit die Praxis dem Probleme gegenüberstand, s. bei Vivante, Assekuranz-Jahrb. X (1889) S. 39 ff.

[28] Dasselbe gilt von den (bäuerlichen) Gutsübernahmsverträgen, deren Wirksamkeit als Vertrag zu Gunsten Dritter auch von dem hier vertretenen Standpunkte wohl begründet erscheint, weil die stipulierten Leistungen an Dritte als Gegenwert der Gutsüberlassung, bezw. zur Ordnung der „antizipierten Erbfolge", eben der zwischen dem abtretenden und dem eintretenden Wirte bestehenden causa der Übergabe naturgemäß entspringen (siehe oben N. 18). Aber von den Fällen des § 1019 — wo die causa zwischen Promissar und Promittenten die der „Geschäftsführung" ist (ein Unterschied, der nicht so unwesentlich ist, wie Larcher S. 85 meint) — scheinen mir diese Verträge doch viel zu weit abzuliegen, als daß die Norm dieses Paragraphen zu ihrer Be-

B.

Verpflichtungen des Mandanten.

§ 85.

Zweierlei Haftung kommt in Betracht.[1]

Ist für die Geschäftsbesorgung ein Lohn bedungen, „so gehört der Vertrag zu den entgeltlichen" (§ 1004): aus dem Vertrage selbst entspringt wie für den Auftraggeber der Anspruch auf die Besorgung, so für den Beauftragten der Anspruch auf die Entlohnung — Leistung und Gegenleistung in synallagmatischem Verhältnisse.

Aber gleichviel ob entgeltlich oder unentgeltlich: Die causa der Geschäftsbesorgung an sich schon erzeugt möglicherweise Ansprüche des Mandatars. Unmittelbar aus dem Vertrage und mit Notwendigkeit erwächst nur die Verpflichtung des Machthabers zu der übernommenen Geschäftsbesorgung (actio directa des Mandanten); aber als Ergebnis der tatsächlichen Ausführung können dem Mandatar Ansprüche auf Vergütung von Schaden und Auslagen entstehen (actio contraria),[2] Gegenansprüche des Mandatars aus der Dienst-

urteilung herangezogen werden könnte; bezüglich der praktischen Hauptfragen, der Widerruflichkeit und des Zeitpunktes der Nativität des Anspruchs des Dritten oder gar des konkurrierenden Klagerechts gegen den Promissar, führte das geradezu zu unmöglichen Folgerungen. (Dies gegen Hasenöhrl S. 469, auch Slg. 1636; andere Entscheidungen berufen sich freilich auf § 1019 nur überflüssiger Weise, um das unmittelbare Klagerecht des Dritten überhaupt gesetzlich zu begründen, so Slg. 7845 und N. F. 1801). — Über die Übernahme von Hypothekarschulden durch den Käufer einer Liegenschaft s. oben § 83 N. 18. — Ob man aus der Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer über die Einhaltung der Bestandverträge durch letzteren nach § 1019 dem Bestandnehmer unmittelbare Rechte gegen den Käufer zusprechen kann (Hasenöhrl S. 472 f., Krainz S. 361 N. 28) scheint mir, um von anderen Bedenken zu schweigen (vgl. Larcher S. 86, Slg. 5480), schon deshalb sehr zweifelhaft, weil das ABGB. für die „Verdinglichung" des Mietrechtes eine andere Form kennt und fordert, nämlich die Eintragung im Grundbuche (§ 1095).

[1] Ganz deutlich scheidet Code civ. Art. 1999 die beiden Verpflichtungen des Mandanten „rembourser les frais . . . et payer ses salaires", vgl. Le Folis p. 363, während Guillouard p. 461 systematisch minder richtig anordnet: „I. Remboursement des avances faites par le mandataire. II. Paiement du salaire. III. Indemnité des pertes subies par le mandataire".

[2] Die ältere Theorie betonte mit der Kategorie des „contractus bilateralis inæqualis" nur dies formale Moment in dem Gegensatze der beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrage, aus welchem „der eine von Anfang, der andere erst nachher, zuweilen und zufälliger Weise verbunden wird": Höpfner Komm. über die Heinecc. Institut. § 750, Glück IV S. 287 f., vgl. Cod. Ther. III 15 Nr. 43: „Der Befehlskontrakt ist seiner Natur nach in der Folge zweibündig; woraus gleich anfangs der

leistung,[3] aber nicht Ansprüche auf Gegenleistung des Mandanten für die Dienstleistung, diese Ansprüche somit nicht im Verhältnisse des Synallagma zu den Ansprüchen des Auftraggebers.[4] Die actio contraria des Mandatars ist nur der Ausdruck der Grenzen seiner Verbindlichkeit, vermöge deren ihm die Geschäftsführung nicht auf eigene Kosten und Gefahr obliegt, wenn auch ohne Entgelt.

1. **Gegenansprüche aus der Geschäftsbesorgung (actio mandati contraria).**[5] Sie sind insgesamt zurückzuführen auf die Formel, daß die Geschäftsbesorgung auf Rechnung und Gefahr des Auftraggebers geht.[6] Das Eine wie das Andere ergibt sich aus dem den Be-

Befehlshaber dem Befehlsgeber in der Hauptsache . . . verbunden . . ., der Befehlsgeber nachhero zu seiner Schadloshaltung rückverbindlich wird" (dazu ABGB. § 961: „Die Hauptpflicht des Verwahrers" s. oben S. 337 f. N. 47, Buchner S. 64. Auch die Franzosen sprechen in diesem Sinne von einem „contrat impartaitement synallagmatique": Troplong Nr. 5, Le Jolis Nr. 78. S. auch neuestens wieder Ternburg Bürgl. Recht II, 1 S. 200; Schollmeyer S. 120: „ungleichseitig zweiseitiger Vertrag"; Cosack I § 86: „unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis".

[3] Die Obligation des Mandanten entsteht erst „ex post facto": Troplong Nr. 11, vgl. Buchner S. 122: Die actio contraria „setzt wenigstens einige Geschäftsführung voraus; indem erst dadurch ein aktives Rechtsverhältnis auf Seite des Bevollmächtigten erzeugt wird". Hingegen möchte ich das nicht „außerhalb des Vertrages liegende Umstände" nennen, wie Hasenöhrl I S. 348. Allzu scharf stellt dies Moment heraus Tuhr a. a. O. S. 26 ff., auch Dankwardt S. 86 ff. und 93 und vollends Isay S. 41 f., für den die Frage damit erledigt ist, daß die Geschäftsführungsobligationen überhaupt von dem Auftrag ganz losgelöst sein sollen; s. dagegen oben § 64 N. 10.

[4] Den richtigen Gedanken hatte bereits M. Schuster Ztsch. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1830 I S. 261 ff. Die entgegengesetzte Ansicht von Tuhr Actio de in rem verso S. 69 ff., wonach Gestionspflicht und Regreßrecht des Geschäftsführers ein „funktionelles Synallagma" bilden, ist für das österreichische Recht im Grunde schon durch den Wortlaut des § 1004 („der Vertrag gehört zu den unentgeltlichen") ausgeschlossen. S. dagegen auch Isay S. 160 ff., Guillouard p. 325, übrigens auch die Bemerkung von Tuhr selbst a. a. O. S. 27 N. 16.

[5] Aus obigen einleitenden Bemerkungen ergibt sich, daß vom Standpunkte des österr. Rechts die „actio contraria" nicht schlechthin als Ausdruck für sämtliche Ansprüche des Mandatars gebraucht werden sollte (wie etwa früher bei Krainz II S. 282 f., sondern nur für diese erste Gruppe „Regreß" und „Schadenersatz" — über den Unterschied beider s. Tuhr a. a. O. S. 25 und 33 f., Isay S. 143 ff.) Der Lohnanspruch ist Gegenstand einer actio directa, für die freilich ein römischer Name nicht existiert, weil das römische Mandat grundsätzlich unentgeltlich war.

[6] Treffend sagte der Cod. Ther. III 15 Nr. 67: „Der Befehlskontrakt gehet allemal auf Gewinn und Verlust des Befehlenden allein . . ." und Nr. 68: „Aus diesem Grundsatz fließet demnach die Rückverbindlichkeit des Befehlenden zur schuldigen Schadloshaltung des Befehlshabers, welche sich . . . auf Ersatz des erweislichen Aufwands, dann die Vergütung der durch Vollziehung des aufgetragenen Geschäfts verursachten . . . Schadens erstrecket". Freilich zog er daraus, Nr. 73 und 88 f., noch nicht die volle Konsequenz; vgl. unten § 86 N. 9.

vollmächtigungsvertrag beherrschenden Zweckgedanken (causa), daß der Machthaber ein fremdes Geschäft, das Geschäft „des Andern" (§ 1002) zu führen übernimmt,[7] dieser daher verpflichtet ist, das dem Auftrag gemäß tatsächlich Besorgte rechtlich und wirtschaftlich als sein Geschäft anzuerkennen.[8] Vorerst also

a) auf Rechnung des Mandanten. Hätte der Geschäftsführer im Vertrage von vorneherein auf jeden Regreß gegen den Auftraggeber verzichtet, so wäre das nicht mehr „Geschäftsbesorgung" in dem technischen Sinne der causa des Bevollmächtigungsvertrages (oben § 64), sondern allenfalls ein diesem ähnlicher Vertrag[9] verbunden mit einer Zuwendung donandi causa, eine (eventuelle) Schenkung des Betrages der Geschäftskosten.[10]

Nicht im Widerspruche mit der Natur des Bevollmächtigungsvertrages steht hingegen vorherige Einigung über eine bestimmte dem Mandatar zur Deckung aller Aufwendungen zu entrichtende Ge-

[7] Vgl. oben S. 459. Darauf kommt füglich auch der übliche Hinweis (siehe z. B. Troplong Nr. 654) auf die „ausgleichende Gerechtigkeit" hinaus („ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicut nec damnum pati debet": Paul. L. 20 D. h. t.), welche Steinbach Rechtsgeschäfte der wirtschaftl. Organisation S. 43 ff. aus dem besonderen Wesen der „Organisationsgeschäfte" doch wohl zu künstlich ableitet (vgl. dazu oben § 64 Zusatz).

[8] Grünhut S. 246. So auch schon die ältere österreichische Jurisprudenz, z. Tiller System der bürgl. Rechtslehre (1788) II 2 S. 461: „Die wechselseitige Pflicht des Vollmachtgebers ist: I. Daß er das . . . Geschäft begenehmige".

[9] M. E. kann nicht einfach gesagt werden, auch „ein donandi causa übernommener Auftrag bleibt Mandat" — so Tuhr a. a. O. S. 30 — oder doch Mandat „mixtum cum donatione" — so Unger II S. 220 —; denn der „Mandatar", der donandi causa alle Kosten auf sich nimmt, geriert nicht mehr ein fremdes, sondern sein eigenes (wenn auch altruistisches) Geschäft, wie dies bezüglich der unbeauftragten Geschäftsführung anerkannt wird — siehe namentlich Kohler Jahrb. f. d. Dogm. XXV S. 107 ff. und Prot. d. zweiten Komm. zum BGB. II S. 735 — und somit kann nicht mehr das durch diese causa charakterisierte (s. oben § 64) Obligationsverhältnis bestehen, sondern nur ein anderes. Freilich für dies vorläufig namenlose andere Vertragsverhältnis werden die Normen in der Analogie des Bevollmächtigungsvertrages gesucht werden müssen — aber eben nur in der Analogie! Das will sagen, daß für alle Einzelfragen die Anwendbarkeit nach den Umständen des Falles erst noch zu erwägen bleibt, so etwa ob gleichwohl Rechnungslegungspflicht des Beauftragten bestehe, oder ob diesem nicht trotz seines Verzichts auf Regreß für seine Auslagen doch Anspruch auf Ersatz für erlittenen Schaden gewahrt bleibe; soweit richtig Isay S. 158 f.

[10] Geschenkt sind die Auslagen, nicht die Dienstleistung des Beauftragten, welche ja keinesfalls durch den Ersatz des Aufwandes vergütet würde (bedenklich daher die Bezeichnung „unentgeltliche Geschäftsführung" für die unter Verzicht auf den Regreß unternommene bei Cosack I S. 568), abgesehen davon, daß unentgeltliche Dienstleistung als solche überhaupt nicht Schenkung ist, vgl. Lotmar Die Arbeitsvertretung I S. 47, S. 87 N. 2, auch unten § 96.

samtsumme (Pauschalierung), obgleich der Mandatar damit auch ein gewisses Risiko auf sich nimmt.[11]

Sonst hat der Mandatar, wie die Pflicht, alle Aktiven, so das Recht, alle Passiven der übernommenen Geschäftsführung dem Mandanten in Rechnung zu stellen. Wie dort, so hier gestaltet sich dies aber

α) formell verschieden[12] je nach der Art der Vertretung. Soweit der Beauftragte in der Lage war, als direkter Stellvertreter zu handeln, treten, wie die aktiven, so auch die passiven Rechtswirkungen sofort nur in der Person des Auftraggebers ein. Es bedarf nicht erst eines Regresses, um sie vom Geschäftsführer auf den Geschäftsherrn zu überwälzen. Insoweit ist die „Rechnung" formell gleichsam von selbst beglichen. Gleichwohl ist die Verpflichtung des Mandanten, dem Mandatar das Geschäft abzunehmen, auch hier nicht ohne Belang. Die Frage seiner unmittelbaren Haftung aus obligatorischen Verträgen oder seiner Gebundenheit durch Verfügungen des Machthabers wird zunächst zwischen dem Machtgeber und dem dritten Kontrahenten ausgetragen. Dem Mandatar gegenüber bedeutet aber die Ermächtigung zum Handeln in „offener Vollmacht" die Verpflichtung des Machtgebers, seine Gebundenheit gegenüber jenem Dritten, die Passivlegitimation für dessen Ansprüche, nicht zu bestreiten. Er würde ersatzpflichtig aus dem Bevollmächtigungsvertrage, falls der Dritte infolge solcher Verleugnung der Vollmacht den Mandatar als vermeintlichen falsus procurator zur Verantwortung zöge.[13]

---

[11] Am naheliegendsten bei entgeltlichem Mandat, wenn vertragsgemäß die Auslagen aus dem Gesamtlohn zu bestreiten sind („de salario": L. 10 § 9 D. h. t., vgl. auch § 1156) — eine Verquickung von Arbeitsentgelt und Aufwandsersatz (Lotmar a. a. O. S. 139 f.) Möglich aber immerhin, daß die vereinbarte Pauschalsumme wirklich nur Deckung der Aufwendungen sein soll, der Auftrag also gleichwohl ein unentgeltlicher bleibt (praktisch wichtig wegen § 1015) und zwar wahrer Auftrag im Sinne § 1002, weil die Besorgung trotz des Risikos oder auch der Gewinnhoffnung des Beauftragten, wie sie jede Pauschalierung mit sich bringt, doch im wesentlichen auf Rechnung und Gefahr des Auftraggebers geht (a. M. Tuhr S. 30 und 174). Nur wenn die Übernahme jenes Risikos geradezu treibender Zweck des Vertrags wäre, wären die Grenzen des Bevollmächtigungsvertrages überschritten. — Der umgekehrte Fall, vereinbarter Auslagenersatz statt Lohnes für die Arbeit ist undenkbar, wie mit Recht Lotmar a. a. O. S. 137 f. N. 3 gegen Planck § 675 N. 3 bemerkt.

[12] Vgl. oben S. 569 f.

[13] Mit Rücksicht hierauf kann der Bevollmächtigte wohl auch als Nebenintervenient auf Seite des Dritten in dessen Prozeß gegen den Mandanten treten, vgl. Skedl Österr. ZPR. I S. 370 f. Ob er diesem Dritten gegenüber auch zur Vertretungsleistung verpflichtet ist, wie Dr. J. R. im Jurist X S. 457 ff. ausführt, scheint mir allerdings sehr zweifelhaft.

Bei indirekter Stellvertretung bildet die Anerkennung der Geschäftsführung durch den Mandanten geradezu den Angelpunkt des Verhältnisses,[14] indem auf Grund derselben die Lasten, die zunächst den Mandatar persönlich treffen, ihm vom Mandanten erst abgenommen werden müssen. Was Verpflichtungen betrifft, die der Geschäftsführer einzugehen hatte, so geht hier der Regreß des Mandatars in erster Linie auf Befreiung durch unmittelbare Zahlung an den Dritten oder durch Eintritt des Mandanten als Selbstschuldner an seiner Stelle (Schuldübernahme),[15] wozu aber die Einwilligung des Dritten erforderlich ist,[16] oder auf Hingabe der Deckung für den zum Zweck der Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Dritten noch vom Mandatar zu machenden Aufwand — darauf in erster Linie, weil der Mandatar, arg. § 1014, nicht verpflichtet ist, seinem Auftraggeber zu kreditieren —; in letzter Linie aber auf Vergütung des zur Erfüllung dieser Verpflichtungen vom Mandatar bereits Geleisteten.[17]

β) Materiell umfaßt die Abnahmepflicht des Machtgebers „allen zur Besorgung des Geschäftes notwendig oder nützlich gemachten Aufwand": § 1014.[18]

„Aufwand" im weitesten Sinne verstanden. Dazu gehören nicht bloß die baren Auslagen, welche tatsächliche Vorkehrungen und Verrichtungen mit sich bringen (Reisekosten, Urkundenstempel u. dgl.) oder Löhne der zur Ausführung verwendeten Hilfspersonen (vgl. Art. 371 HGB.); „Aufwand" ist auch der Wert des zur Erreichung des Erfolges der Geschäftsführung verbrauchten oder geopferten, oder auch nur der Gebrauchswert des zu diesem Behufe verwendeten eigenen

[14] Vgl. oben S. 424.

[15] „Liberationsanspruch": Tuhr S. 94 ff.; ausdrücklich anerkannt im PrLR. I 13 § 82, schweiz. Obl. R. Art. 400, § 257 deutsch. BGB. Eventuell Anspruch auf Übernahme eines Prozesses s. bei Koschaker Translatio iudicii (1905) S. 54 ff.

[16] Welche z. B. bei der kaufmännischen Kommission gewöhnlich nicht zu erlangen sein wird, Grünhut S. 252, vgl. DRG. XLVII S. 125.

[17] Aber doch nur dessen, was er zu diesem Behufe wirklich leisten mußte, nicht aber des etwa durch sein Verschulden, z. B. durch Verzugszinsen, erhöhten Betrages, vgl. Slg. N. F. 1956. — Prozeßkosten, die der Prozeßvertreter auf Grund § 49 ZPO. bezahlen mußte, sind Gegenstand persönlicher Verpflichtung (wegen groben Verschuldens) des Vertreters, für welche sein Klient ihm aus dem Bevollmächtigungsvertrag keine Vergütung schuldet. Nur falls der Machtgeber ihn dazu geradezu angewiesen hätte, somit Mitschuldiger wäre, könnte ein Regreßrecht gemäß § 1302 begründet sein.

[18] Über die Möglichkeit einer Konkurrenz dieser Ersatzklage ex mandato (§ 1014) mit einer Regreßklage nach § 1358 oder § 1423 — nicht aber mit der Versionsklage nach § 1042 — siehe Schey Das Regreßrecht bei Bezahlung fremder Schulden S. 34 f. und 15 f., vgl. auch die Entsch. (zweite Instanz) bei Now. III 443.

Gutes[19] des Mandatars (Mietpreis eines zur Verfügung gestellten Magazins,[20] Fuhrlohn für das aus Eigenem beigestellte Gespann u. A.). „Aufwand" ist endlich auch schon die Eingehung von Verbindlichkeiten gegen Dritte aus Anlaß der Geschäftsführung,[21] wovon bereits oben, zu *a*, die Rede war.

Dagegen ist nicht „Aufwand" in diesem Sinne die eigene Mühewaltung des Mandatars. Diese ist nicht erst Ergebnis der Ausführung des Bevollmächtigungsvertrages, sondern die aus diesem Vertrage geschuldete Leistung selbst. Sie ist daher entweder, bei unentgeltlichem Auftrag, eben ohne Vergütung zu leisten — oder, bei entgeltlichem Bevollmächtigungsvertrag, schon durch den bedungenen Lohn bezahlt, niemals also Gegenstand eines Regreßanspruches nach § 1014.[22] Immer kann die Frage nur sein, ob ausdrücklich oder stillschweigend eine Entlohnung vereinbart erscheint; und diesbezüglich führt allerdings die Auslegungsregel des § 1004 dahin, daß der Machthaber, soweit die Geschäftsbesorgung in den Kreis seiner Berufs- oder Gewerbetätigkeit fällt, auch für seine persönliche Dienstleistung die entsprechende Vergütung in Rechnung stellen darf.[23]

„Nützlich" ist, wie sich aus § 1009 ergibt, aller Aufwand, der dem Mandatar[24] nach der ihm bekannten Sachlage als zweckdienliches Mittel zur Erreichung dessen erscheinen mußte, was er bei sorgfältiger Erwägung des empfangenen Auftrages als den Geschäftszweck seines Auftraggebers betrachten durfte.[25] Daß nur so, nicht etwa im Sinne

[19] Daß „Aufwand" der weitere, jede „Verwendung zum Nutzen eines anderen" (§ 1041 umfassende (dazu das amtl. Reg. v. „Aufwand"), „Auslage" der engere Begriff ist, zeigt die Textierung des § 1014; ebenso ist im PrLR. I 13 § 65 der umfassende Begriff der „Aufwand", aus welchem dann in §§ 66 und 67 die „Ausgaben" hervorgehoben werden. — Nur auf die „Auslagen" i. e. S. bezieht sich offenbar das in § 64 Z. 5 a. E. und § 70 ZPO. für den Armenanwalt gegebene Sonderrecht: vgl. unten S. 651

[20] Vgl. Art. 371 HGB., Grünhut S. 249.

[21] Krainz II S. 287 N. 14, PrLR. I 13 § 82; dahin gehören auch die Verbindlichkeiten des Mandatars gegen seinen Substituten, Grünhut S. 322. — Vgl. Tuhr S. 38 ff. und 46 ff. über Aufwendung durch „erogatio" und „intercessio". — Über direkte Ansprüche des Substituten gegen den Mandanten s. oben S. 614 f.

[22] Vgl. Dernburg Bürgl. Recht II 2 S. 374, Schollmeyer S. 124, Lotmar a. a. O. S. 136 f. und unten § 87.

[23] Vgl. die zu der verwandten Frage der Entlohnung eines Advokaten als Vormunds oder Kurators (§ 266) erflossenen Entsch. Slg. N. F. 1332, dann Slg. 531 und Österr. Richter-Zeitung 1905 A. 215.

[24] Ob der Auftraggeber persönlich die Sache mit geringeren Kosten hätte durchführen können, verschlägt nichts, vgl. Gai. L. 27 § 4 D. h. t. (anders steht es bei unbeauftragter Geschäftsführung arg. § 1312, vgl. Troplong Nr. 628).

[25] „Impendia, si bona fide facta sunt, restitui omni modo debent": L. 27 § 4 D. h. t. (Gai.) cf. L. 12

mechanischer Gebundenheit an den Wortlaut von Instruktionen, die Verweisung des Gesetzes (§ 1009) auf die „erklärte Absicht des Machtgebers" verstanden werden darf, ist bereits an früherer Stelle dargelegt.[26]

γ) Bei alledem ist der Mandatar nicht verpflichtet, auf den ihm verheißenen Regreß hin dem Mandanten Kredit zu gewähren[27] und, sei es auch nur vorläufig, aus Eigenem Opfer zu bringen;[28] insbesondere ist er nicht gehalten, Barauslagen aus Eigenem zu bestreiten. Im Gegenteile hat er das Recht, „zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuß zu verlangen" (§ 1014). Wird ihm dieser vom Auftraggeber verweigert, so kann er unter Umständen selbst die Ausführung des Auftrages völlig unterlassen — nicht von dem Standpunkte der exceptio non adimpleti contractus (§ 1052), als wäre ihm eine geschuldete Gegenleistung vorenthalten,[29] sondern (gemäß § 1447) deshalb, weil vorausgesetztermaßen die Ausführung ohne die fragliche Auslage unmöglich ist und ihm die Mittel dazu fehlen, ohne daß ihm, da er zu deren Vorstreckung nicht verpflichtet ist, dies als Verschulden angerechnet werden könnte.[30] Natürlich gilt alles dies nur mit dem Vorbehalte, daß er nicht, oder insoweit er nicht im Vertrage die Auslagen vorerst selbst zu bestreiten zugesagt hat — ausdrücklich oder stillschweigend. Und Letzteres wird meist anzunehmen sein, soferne es sich nur um verhältnismäßig

§ 9 ibid. Ulp.; vgl. § 670 deutsch. BGB.: „Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf".

[26] Oben S. 550: Seine Verantwortlichkeit geht auch in dieser Richtung nicht über die Diligenz- und Treuepflicht hinaus, zu scharf also Schoberlechner Der Zufall S. 150 Z. 3, vgl. Slg. 4597. Bei wirklicher Überschreitung seines Auftrages allerdings handelt der Mandatar auf eigene Gefahr, vgl. oben § 78.

[27] Vgl. Grünhut S. 254.

[28] Vgl. über die im Anschlusse an die Quellen namentlich für Kommodat und Depositum (§ 964 verhandelte Frage der Verpflichtung zur Aufopferung eigenen Gutes oben § 41 N. 5 und S. 241 f., Troplong Nr. 409.

[29] Daß dem Mandatar nicht, wie die herrschende Auffassung jetzt aus § 669 BGB. folgert Planck, Ortmann, Fischer-Henle zu § 669, Dernburg Bürgl. Recht II 2 S. 374, Crome II S. 618, Schollmeyer S. 123, ein Klagerecht auf Vorschußleistung zusteht, folgt vielleicht nicht aus der Widerruflichkeit des Auftrags (so D. Mot. II S. 540, Suhr S. 32 f.), wohl aber aus der Natur des Auftrags, der ja (im Gegensatz zur Ermächtigung in rem suam) für den Beauftragten nur die Pflicht, nicht aber den Anspruch auf dessen Ausführung begründen soll, für das österreichische Recht auch arg. § 1155, wonach immer nur von Schadloshaltung bei Vereitlung der Ausführung durch den Besteller einer Arbeit die Rede sein kann, vgl. Slg. 604 und N. F. 2312.

[30] Andererseits kann es sich als culpa des Machthabers darstellen, daß er nicht, wenn es nötig war, einen Vorschuß begehrt hat, vgl. D. Mot. a. a. O., auch Rippel VII S. 86.

unbedeutenden Aufwand handelt; wohl auch unter Umständen, wenn die Notwendigkeit größerer Auslagen vorauszusehen war und er dennoch den Auftrag ohne jede diesbezügliche Verwahrung übernommen hat. In solchen Fällen hätte der Mandatar allerdings schuldhaften Verzug zu verantworten, wenn er durch Bestehen auf einem „Vorschuß" die Ausführung des Auftrages vereitelte. Er hat auch in diesem Sinne nach dem Worte des § 1014 Anspruch nur auf „angemessenen Vorschuß".[31]

Eine besondere Stellung nimmt in dieser Beziehung der nach § 64 Z. 3 ZPO. bestellte Armenanwalt ein. Er kann von der „armen Partei" keinen Vorschuß verlangen, da vielmehr seine Ansprüche dieser gegenüber kraft Gesetzes gestundet sind. Dafür bietet ihm das Gesetz, soweit er bare „Auslagen" zu machen hat, Deckung[32] durch den Staatsschatz (§ 64 Z. 5 ZPO. a. E.), im Übrigen wenigstens für den Fall des Obsiegens seines Klienten in dem Kostenanspruch gegen den Prozeßgegner (§ 70 ZPO.).[33]

Aus dem erörterten Grundgedanken des § 1014, daß der Mandatar zur Kreditgewährung nicht verpflichtet sei, ergibt sich ein weiterer Satz, der, wie für das gemeine Recht,[34] so auch für das Recht des ABGB. fast allgemein anerkannt, wenn auch nicht genügend begründet wird,[35] daß nämlich der Machthaber, welcher gleichwohl freiwillig[36] eigenes Kapital für das fremde Geschäft verwendet hat, davon jedenfalls die gesetzlichen (5%) Zinsen anrechnen darf.[37] Die rechtliche Natur und die wirtschaftliche Motivierung dieser „Verwendungszinsen" als des gesetzlichen Kreditpreises ist bereits (oben S. 585 ff.) dargetan. Dort hat sich auch die scharfe Scheidung dieser

[31] Soferne der Mandatar durch Übernahme von Verpflichtungen gegen Dritte seinem Auftraggeber vertragsgemäß Vorschuß leistet, ist er der Sache nach Interzedent (vgl. Tuhr S. 56 und oben N. 21) und kann er daher auf Grund § 1365 im Gefährdefall Sicherstellung fordern; vgl. Grünhut S. 257 N. 20.

[32] Vgl. Schott Armenrecht S. 121 ff., Petschek Grünhuts Ztschr. XXXIII S. 441.

[33] S. noch unten S. 662 f.

[34] S. Glück XV S. 305 ff.; für das Handelsrecht Art. 290 HGB., ebenso PrLR. I 13 § 71, Code Art. 2001 und § 256 deutsch. BGB. ist der Satz ausdrücklich ausgesprochen.

[35] Zeiller III S. 291, dem alle anderen Kommentatoren zu § 1014 folgen, Krainz II S. 287, Unger Österr. Vierteljahrschr. XIV S. 120, Randa Zur Lehre von den Zinsen S. 17; anders Hasenöhrl I S. 299 N. 36, vgl. auch Slg. 5329. Eine Einschränkung des Satzes ergibt sich aus dem oben N. 29 Gesagten.

[36] War er vertragsmäßig zur Vorstreckung der Auslage verpflichtet, so besteht in dubio kein Zinsenanspruch (vgl. oben S. 132); einen allgemeinen Anspruch auf Entgelt wie Art. 290 HGB. kennt das bürgerliche Recht nicht.

[37] Von der Zeit der Aufwendung an (so auch deutsch. BGB. § 256), vgl. Grünhut S. 258, Zeiller a. a. O.

Zinsen von etwaigen „Ersatzzinsen" ergeben, d. i. dem Ersatz für solche Zinsen, die dem Geschäftsführer aus Anlaß der Geschäftsbesorgung nachweisbar entgangen oder von ihm tatsächlich ausgelegt sind — das eine, falls er genötigt war, zur Deckung der Auslagen eigene Kapitalien einzuziehen, die er zu höheren Zinsen ausstehen hatte, — das andere, falls er seinerseits zu diesem Zwecke Kredit in Anspruch nehmen mußte, für welchen er schwerere Zinsenverpflichtungen einzugehen hatte[38] — Fälle, in welchen, zum Unterschiede von jenen „Verwendungszinsen", nicht bloß die Höhe der zu ersetzenden Zinsen,[39] sondern vor allem auch das dargetan werden muß, daß diese Art der Geldbeschaffung wirklich „zur Besorgung des Geschäftes notwendig oder nützlich" war.[40]

§ 86.

b) Auf Gefahr des Mandanten handelt der Mandatar,

α) insoferne als jener ihm den zur Zeit „notwendig oder nützlich" gemachten Aufwand ersetzen muß, auch wenn — ohne Verschulden auf seiner Seite — „der Erfolg fehlgeschlagen" (§ 1014),[1] oder „die Vollendung des Geschäftes durch einen Zufall verhindert worden ist" (§ 1020).[2] Auf Gefahr des Mandanten handelt er ferner nach § 1014

β) insoferne als dieser ihm allen Schaden zu ersetzen hat, und zwar nicht bloß, allgemeiner Regel entsprechend (§ 1295)

aa) den auf Verschulden des Auftraggebers zurückzuführenden,[3] sondern

[38] Die drei Fälle sind schon von Ulp. L. 12 § 9 D. h. t. gesondert. — „Verwendungszinsen" aber sind weder durch die Bezeichnung als eine Art von Verzugszinsen (siehe z. B. Treitschke Kommissionshandel S. 48) genügend charakterisiert, noch auch als Ersatz für den durch Verwendung eigenen Kapitals des Geschäftsführers, das er sonst für sich selbst nutzbringend angelegt hätte, entgangenen Gewinn — so nicht nur ältere Schriftsteller, wie Buchner S. 94, Troplong Nr. 674, sondern auch Randa a. a. O. S. 17, Krainz II S. 287 N. 15, Tuhr S. 41 und selbst Petrazycki Die Lehre vom Einkommen II S. 163 ff. („Zinsen als geopfertes Einkommen"), vgl. dazu oben § 79 N. 110 und 117.

[39] Die im konkreten Fall wohl auch niedriger sein kann, als der gesetzliche Zinsfuß, vgl. auch oben S. 584 f.

[40] Vgl. Troplong Nr. 678.

[1] Gleichviel, ob der Erfolg gar nicht eingetreten oder der eingetretene hinterher wieder weggefallen ist: „Defizienz" oder „Rezission" des Erfolges nach Isay S. 140 f.

[2] Vgl. Tuhr Actio de in rem verso S. 71; § 1021 gehört nur zum Teile hieher (worüber unten S. 692 f.), siehe Pfaff Gutachten S. 45 N. 133. Über eine andere Frage, die Gefahr bezüglich der Lohnzahlung s. unten § 87 zu d.

[3] Beispiele gibt Zeiller III S. 291: Erteilung eines besonders gefährlichen Auftrages wird übrigens, falls vom

bb) „allen mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen", sei es auch durch Zufall veranlaßten Schaden, auch dies ohne Rücksicht auf den Erfolg der Geschäftsführung.[4]

Mit der rückhaltlosen Anerkennung dieses Grundsatzes, dessen in den römischen Quellen vorhandene Spuren die gemeinrechtliche Jurisprudenz nur unsicheren Schrittes zu verfolgen wußte,[5] hat das ABGB. nicht bloß das PrLR.,[6] sondern auch jüngere Gesetzeswerke überflügelt.[7] Und dabei handelt es sich nicht etwa um eine Billigkeitsnorm

---

Bestellten im Bewußtsein der Gefahr ohne Widerrede übernommen, nicht schlechthin als culpa des Mandanten bezeichnet werden (vgl. Matthiaß I S. 609 f.) oder mindestens konkurrierendes Verschulden des Mandatars angerechnet werden dürfen — vgl. die Entsch. in Gell. ZBl. 1905 Nr. 105. Daß es auch kulpose Schädigung des Machthabers sein kann, wenn der Machtgeber, ohne jenen zu verständigen, das Geschäft selbst ausführt, ist bei Ellinger zu § 1002, wenn auch mit sehr bedenklicher Begründung, richtig bemerkt.

[4] Arg. § 1020, dessen Schlußsatz („dieses findet auch dann statt . . .") sich auf die „in der Zwischenzeit gehabten Kosten und den sonst erlittenen Schaden" bezieht.

[5] Vgl. R. Merkel Kollision rechtmäßiger Interessen S. 106 ff.; s. auch die Dissertationen von K. Weiß (1896) S. 10 bis 23 und Orthal (1901) Die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers S. 12 ff., und zur Auslegung der römischen Quellen besonders Eisele Archiv für die ziv. Praxis LXXXIV S. 319 ff., Maschke ebd. LXXXV S. 123 ff.

[6] PrLR. I 13 §§ 80 und 81; vgl. Unger Handeln auf fremde Gefahr S. 35 f.

[7] Weder der Dresden. Entw. und das sächs. bürgl. GB. § 1302, welche es für die Ersatzpflicht des Mandanten bei der allgemeinen Diligenzpflicht bewenden lassen (vgl. übrigens § 1316 sächs. GB.), noch der hess. Entw. Art. 288 und der bayr. Entw. Art. 703, bezw. 493 (vgl. Mot. des letzteren S. 163) oder das schweiz. Obl. R. Art. 400 (in den neuesten Entwurf als § 1456 unverändert übernommen) sind über das Prinzip der Kulpahaftung hinweggekommen. Aber auch das deutsch. BGB. (§ 670) hat (trotz des naheliegenden Vorbildes des Art. 93 HGB.) keine weitergehende Haftpflicht des Auftraggebers aussprechen wollen (s. D. Mot. II S. 541 und die Kritik von Unger a. a. O. S. 38 f., gegen welche M. Rümelin Die Gründe der Schadenszurechnung S. 81 — s. auch G. Rümelin Archiv für die ziv. Praxis LXXXVIII S. 313 f. — das BGB. verteidigt) — ein Schweigen, das doch wohl richtig als Ablehnung verstanden werden muß (so Planck Komm. zu § 670 S. 419, Fischer-Henle § 670, G. Rümelin Archiv für die ziv. Praxis LXXXVIII S. 314, Isay S. 156; a. M. Crome II S. 618, Örtmann Komm. § 670 S. 403 f., vgl. Orthal a. a. O. S. 24 ff. Freilich fehlt es schon nicht an Versuchen, diesem wenig befriedigenden Ergebnisse zu entgehen, entweder durch die gewagte Konstruktion jedes vom Mandatar erlittenen Schadens als „Aufwendung" (vgl. Isay S. 153, auch Schneider-Fick Erläut. des schweiz. Obl. R. zu Art. 400) oder durch das Universalmittel der Berufung auf „Treu und Glauben" (§§ 157 und 242 BGB.), wonach die Gefahr vertragsmäßig vom Auftraggeber übernommen erscheinen soll (s. Dernburg Bürgl. Recht II 2 S. 375, Örtmann a. a. O. S. 404). Weiter als das ABGB. — und wohl zu weit, vgl. Unger a. a. O. S. 33, R. Merkel Die Kollision rechtmäßiger Interessen S. 197 — geht nur der bekannte Art. 2000 Code civ., der dem Mandanten den Ersatz allen Schadens auferlegt, welchen der Mandatar „à l'occasion de sa gestion" erleidet, vgl. Troplong Nr. 660. Der ungar. Entw. § 1671 folgt (ohne daß die

mit Rücksicht auf den Charakter des Mandats als Freundesgeschäft[7] — denn jener Satz gilt (arg. § 1015) ohne Unterschied zwischen unentgeltlicher und bezahlter Geschäftsführung —, sondern die **Zufallshaftung** des § 1014 beruht auf dem durchaus modernen Gedanken, daß es das Geschäft des Machtgebers ist, welches der Machthaber betreib, und deshalb naturgemäß der Machtgeber die Betriebsgefahren tragen muß.[9] Daß das ABGB. diesen Gedanken, vielleicht noch in naturrechtlichem Formalismus befangen, nur beim Bevollmächtigungsvertrage walten läßt, wo das Geschäft, weil der Beauftragte als juristisches Organ des Machtgebers handelt, auch formellrechtlich als Geschäft des Letzteren erscheint,[10] nicht aber auch beim Dienstvertrag, wo der Arbeitsnehmer im wirtschaftlichen Sinne nicht minder ein fremdes Geschäft besorgt,[11] zeigt vielleicht, daß der Gedanke noch nicht völlig ausgereift ist, darf jedoch nicht hindern, die Norm auf dem Gebiete, für welches sie wirklich ausgesprochen ist, in ihrem vollen Werte zur Geltung zu bringen. Anderseits bedarf sie näherer Abgrenzung.[12]

Zusatz.

Vorerst: Sowohl nach dem Wortlaute des Gesetzes — „Schaden vergüten" — im Hinblick auf § 1323 und § 1324 a. E., als nach

Motive IV S. 429 ff. diese Quelle angeben) in diesem Punkte nicht, wie sonst, dem deutschen BGB., sondern dem § 1014 des österr. ABGB. — Vgl. noch unten N. 9 a. E.

[8] So z. B. Guillouard p. 483 und selbst Unger a. a. O. S. 29; vgl. dagegen oben S. 5 und § 85 N. 7.

[9] M. Rümelin a. a. O. S. 52, R. Merkel a. a. O. S. 160, A. Merkel Jurist. Enzyklopädie (3. Aufl.) § 704. Indes fehlen, vielleicht in Erinnerung an deutschrechtliche Prinzipien (siehe Stobbe Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 285 f.) auch bei älteren Schriftstellern nicht Spuren dieses Gedankens, s. Tiller Sistem der bürgl. Rechtslehre II 2 (1788) S. 461 f., Treitschke Kommissionshandel S. 51: „Die Frage: welche culpa der Kommittent zu leisten habe? kann nicht wohl vorkommen, da er als Herr der Ware und des Geschäfts jeden Schaden daran trägt"; s. auch den Grundsatz des Cod. Ther. III 15 Nr. 67 (oben § 85 N. 6), aus welchem aber erst der Entw. Hort. III 16 § 33 die volle Zufallshaftung abgeleitet hat.

[10] Vgl. dazu oben S. 460, auch Schoberlechner Der Zufall im Straf- und Zivilrecht (1897) S. 136, Petrazycki Lehre vom Einkommen II S. 110.

[11] Vgl. die Anführungen bei R. Merkel a. a. O. S. 152 ff. Wie wenig motiviert sich diese Unterscheidung zwischen Mandat und Lohnvertrag in bezug auf die Schadenstragung erweist, zeigt drastisch ein Fall wie der der Slg. 8245, wo der Ersatzanspruch des im Dienste Beschädigten an der feinen Frage hängt, ob der „Auftrag", bei dessen Ausführung er verunglückte, unter den Legalbegriff des § 1002 oder des § 1151 fällt. Im übrigen ist dies einer der Punkte, wo sich weiter auch noch der Mangel der gehörigen Differenzierung zwischen Dienstmiete und Werkvertrag im ABGB. (Stubenrauch 8. Aufl. II S. 405) fühlbar macht; bei letzterem ist in der Tat der „Bestellte" der „Unternehmer", der auch Betriebsgefahren zu tragen hat, vgl. Dniestrzanski Das Wesen des Werklieferungsvertrages S. 109, Strohal Jahrb. f. d. Dogm. XXXIII S. 386.

[12] Vgl. den Zus. a. E.

der angedeuteten ratio desselben, umfaßt der Entschädigungsanspruch des Mandatars, von dem Falle der culpa (lata) des Mandanten abgesehen, nur den positiven Schaden, nicht aber entgangenen Gewinn.[13]

Ferner: Der Satz des § 1014 ist bloß dispositives Recht. Der Ersatzanspruch entfällt, wenn der Mandatar vertragsgemäß die Gefahr des Zufalles auf sich genommen hat; so namentlich möglich bei entgeltlichem Mandat. Die Vertragsauslegung kann ergeben, daß in dem vereinbarten Honorar auch schon sozusagen die Versicherungsprämie für etwaigen Schaden des Beauftragten enthalten sei.[14]

Endlich aber: Die Haftung des Mandanten reicht nicht weiter als der „mit der Erfüllung des Auftrages verbundene" Schaden. Daß dies einerseits in der Tat auch eine Zufallshaftung umfaßt, anderseits aber nicht Zufall ohne jede Schranke, zeigt der Gegensatz zwischen § 1014 und § 1015,[15] welch letzterer eine Norm für „nur zufälligen" Schaden[16] gibt. Die Scheidung mag durch die alte Formel ausgedrückt werden: Den ex causa mandati entstandenen Schaden trägt der Machtgeber, den ex occasione mandati entstandenen der Machthaber.[17] Doch ist das eben nur eine Formel, deren Anwendung im konkreten Fall die Schwierigkeit nicht beseitigt, die „überall vorhanden ist, wo es überhaupt auf den Kausalzusammenhang ankommt."[18] Aus dem Wortlaute des § 1014 und dem Zusammenhange der im Gesetze normierten Rechte und Pflichten des Mandatars[19] läßt sie sich aber immerhin etwas näher dahin be-

[13] Vgl. dazu R. Merkel a. a. O. S. 17 f., Eisele a. a. O. S. 349. Bedenklich daher Krainz II S. 287 N. 17.

[14] Troplong Nr. 672, vgl. Strohal Gutachten S. 152.

[15] Das richtige Verhältnis beider Gesetzesstellen ist verkannt, wenn man, wie z. B. die oben genannte Dissertation von Weiß S. 46, aber auch Hepp Die Zurechnung S. 205 f. und Strohal Gutachten S. 151, „Zufallshaftung" nur im § 1015 sucht. So wie hier scheint es Schuster Grundriß S. 112 aufzufassen.

[16] Ähnlich stellt PrLR. I 13 § 81 den „bloß zufälligen Schaden" den ebd. § 80 erwähnten „Unglücksfällen" entgegen, oder spricht Buchner S. 89 von der Verpflichtung des Mandanten, allen „nicht rein zufälligen Schaden" zu ersetzen. Dagegen ist der „bloße Zufall" des § 1311 der Gegensatz von „verschuldetem", s. Schoberlechner a. a. O. S. 113, der dann aber S. 114 mit Unrecht auch § 1015 unter den Stellen aufführt, wo „Zufall in den Gegensatz zum Verschulden" gebracht ist.

[17] S. namentlich Pothier Nr. 74 bis 76 (dessen Lehre aber gerade das französische Gesetzbuch verleugnet hat, Troplong Nr. 655 ss.), Unger a. a. O. S. 31 ff., Weiß a. a. O. S. 40 und 43, auch Ihering Jahrb. f. d. Dogm. IV S. 37, Eisele a. a. O. S. 348 ff.; vgl. auch Scheidlein Handb. zu § 1015.

[18] Unger a. a. O. S. 35; vgl. Isay S. 156 f.

[19] Wonach er, wie in jeder Beziehung, so in Ansehung der Wahl der Mittel zur Ausführung des Auftrages für volle Diligenz (und Treue), aber nicht für mehr haftet, s. oben S. 551.

stimmen: „Ex causa mandati" ist nicht bloß der notwendig „mit der Erfüllung verbundene"[20] und daher vorausgesehene oder doch voraussehbar gewesene, sondern auch der unvorhergesehene,[21] in diesem Sinne „zufällige" Schade, soferne er nur seine Quelle in einer Gefahr hat, der sich der Mandatar zum Behufe der Ausführung des Geschäftes aussetzen mußte oder in Ausführung desselben nach Verkehrssitte oder nach seiner diligenzgemäßen Auffassung des Auftrags und seiner Instruktionen aussetzen durfte.[22] Was darüber hinausgeht, ist nur „occasione mandati" erlittener Schaden, „bloßer Zufall", den nach allgemeinem Grundsatz (§ 1311) der Geschäftsführer selbst zu tragen hat.[23] Der (dem Mandanten obliegende) Beweis, daß der fragliche Zufall den Mandatar, auch wenn er den Auftrag gar nicht übernommen hätte, getroffen haben würde, schließt natürlich jeden Kausal-

[20] So Winiwarter IV S. 223, Schoberlechner a. a. O. S. 136, Krainz II S. 287, wohl auch Grünhut S. 259 (als „unmittelbare Folge"). Der Urentwurf zu § 1014 hatte allerdings diesen Standpunkt („notwendig" verbunden), siehe Harrasowsky Cod. Ther. V S. 172 N. 2 (der Entw. Hortens III 16 § 33 hatte besser gesagt: „Der Zufall ihm einzig und allein wegen Besorgung des aufgetragenen Geschäfts"), der gegenwärtige Text des § 1014 aber gibt keinen Anlaß zu solcher Einschränkung.

[21] Vgl. A. Merkel Jurist. Enzyklopädie §§ 704 f. — Der Gegensatz, wie ihn ABGB. §§ 1014 und 1015 faßt, „mit der Erfüllung verbunden" — „nur zufällig", deutet durch nichts an, daß es auf die Vorhersehbarkeit oder Nichtvorhersehbarkeit ankomme, wie Slg. 8245 angenommen ist; die allenfalls darauf hindeutende Textierung im Entw. Martini III 4 § 13 („bloß durch einen unvermuteten Zufall") ist bereits im WgalGB. III § 114 fallen gelassen.

[22] Vgl. M. Rümelin a. a. O. S. 52 ff., R. Merkel a. a. O. S. 205 ff.; am nächsten steht dieser Formel Eisele a. a. O. S. 352 f. Die „Gefährdehaftung" kann aber m. E. nur in der subjektiven Weise des Textes abgegrenzt werden. Dabei kann die größere oder geringere Bestimmtheit des Mandats (worauf das PrLR. I 13 § 81 oder Mommsen Erörter. II S. 62 f. abstellt) nicht immer das ausschlaggebende sein, weil auch die „beschränkte Vollmacht" dem Machthaber noch in manchem Punkte die Wahl der Mittel frei läßt (§ 1009), ja selbst eine Überschreitung gemessener Instruktionen nicht immer kulpos ist (oben S. 551 f.), anderseits der Mandatar, auch wo ihm die Modalität der Ausführung überlassen ist, „dafern er der Verkehrssitte entsprechend vorgeht, nicht minder im Interesse und daher auf Gefahr des Auftraggebers handelt, wie wenn er eine gebundene Marschroute erhalten hat" (Unger a. a. O. S. 36); daß aber die Unterscheidung doch auch nicht ohne jede Bedeutung ist, hat Eisele a. a. O. S. 351 ff. dargetan.

[23] Dahin gehört vor allem ein Schaden, der eigenem Verschulden des Mandatars zuzuschreiben ist, R. Merkel a. a. O. S. 186 ff., M. Rümelin a. a. O. S. 53 f. — aber auch ein Schaden, den er, wie in dem von Unger a. a. O. S. 33 f. N. 80 b) erwähnten französischen Falle, durch einen „élan généreux" erleidet, zu dem ihm die Ausführung seines Auftrags zwar Gelegenheit gab, der aber zu dieser Ausführung gar nicht gehörte. In jenem Falle würde sich, nebenbei bemerkt, die Billigkeitsvorschrift des § 1015 (s. unten N. 25) nicht schlecht bewährt haben.

zusammenhang mit dem Mandate und daher jede Haftung aus dem Mandate aus,[24] ist aber dem Gesagten zufolge nicht der einzige in dieser Richtung mögliche Gegenbeweis.

Für diesen Fall des „nur zufällig" „ex occasione mandati" erlittenen Schadens aber stellt das ABGB. zu Gunsten des Machthabers, der die Geschäftsbesorgung unentgeltlich übernommen hat, erst noch eine Billigkeitsnorm[25] auf, indem es ihm Anspruch auf Ersatz seines Schadens bis zu dem Betrage[26] gewährt, „welcher ihm bei einem entgeltlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerte gebührt haben würde" (§ 1015) — ein ganz anderer Gedanke als der des § 1014: Billige Ausgleichung, nicht wie dort wirtschaftliche Gefahrverteilung.[27] Eigenes Verschulden des Mandatars muß selbstverständlich auch diesen Vergütungsanspruch ausschließen.

Zusatz. Ein Exkurs über die Gründe der **Zufallshaftung** ist hier nicht beabsichtigt. Es soll nur der grundsätzliche Standpunkt angedeutet sein, auf dem obige Darstellung fußt. Meines Erachtens haben die Bemühungen der letzten Jahrzehnte um das Problem: „Verschulden oder Verursachung?" — „Schuldhaftung oder Erfolghaftung?"[28] nur das eine, allerdings nicht hoch genug zu schätzende Ergebnis zu Tage gefördert, daß culpa nicht grundsätzlich die einzige Wurzel der Haftpflicht ist, daß vielmehr daneben andere Gründe für die Rechtspflicht des Schadenersatzes bestehen, die sich nicht etwa als Singularität oder „Ausnahme", sondern als gleichwertig dem Verschulden gegenüberstellen. Daß das ABGB. diesen Gedanken in seinem Schädenrecht systematisch zum Ausdrucke gebracht hat,[29] bildet einen Ehrentitel des hundertjährigen

[24] Grünhut S. 260.

[25] Zeiller III S. 292; über den Wert dieser Norm s. Unger a. a. O. S. 38 N. 90, aber auch oben N. 23.

[26] Daß die Worte des § 1015 so verstanden werden müssen wie das deutlicher gefaßte WgalGB. III § 114, von dessen Textierung („nicht mehr als . . .") aus unbekannten Gründen abgegangen wurde (Ofner II S. 565), ist klar, vgl. Zeiller III S. 292, Rippel VII S. 88, Kritz S. 112.

[27] Insoferne trifft die Charakterisierung des § 1015 bei Grünhut S. 260 N. 25 nicht zu; vgl. auch Schoberlechner a. a. O. S. 136 f. N. 56.

[28] Zur Übersicht siehe namentlich M. Rümelin Die Gründe der Schadenszurechnung (1896) und Mauczka Der Rechtsgrund des Schadenersatzes (1904) S. 1 ff. Inwieweit der Gegensatz als Gegensatz römischer und germanischer Rechtsauffassung bezeichnet werden darf (vgl. Gierke D. Entw. eines BGB. S. 259 f., Huber in Schmollers Jhrb. XX, 2 S. 130) kann hier auf sich beruhen.

[29] Mit Recht rühmt Pfaff Gutachten S. 3 N. 5 den „streng geschlossenen Gedankengang", welchen das 30. Hauptstück des ABGB. durch die von Zeiller in bewußtem Gegensatz zur damals herrschenden Theorie vorgenommene neue „Ordnung der Begriffe" (s. sein Referat bei Ofner II S. 182) gewonnen hat, und welcher in den Marginalrubriken (Pfaff in Grünhuts Ztschr. VIII S. 701) zum plastischen Ausdruck kommt.

Gesetzeswerkes, sowie es ein bleibendes Verdienst von Pfaff[30] ist, dies aufgedeckt, und der österreichischen Jurisprudenz überhaupt, diese Richtung der Rechtsentwicklung kräftig verfolgt zu haben.[31] Aber ein einheitliches, allgemein giltiges Prinzip für die Fälle der Ersatzpflicht ohne Verschulden ist bisher nicht gefunden und m. E. auch nicht zu finden.[32] Insoferne bleibt der Kulpahaftung immer noch eine dominierende Stellung. Denn sie läßt sich als absolute, überall durchgreifende Norm fassen, so wie es im ABGB. § 1295 geschieht: „Jedermann ist berechtiget, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag" wie immer („durch Übertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag) verursacht worden sein". Die Prinzipien der Haftung für unverschuldete Beschädigung aber, man mag sie formulieren wie man will, sind immer nur von relativer Bedeutung, sie können nur einen Canon geben, dessen Anwendbarkeit auf die Einzelerscheinungen des Rechtslebens immer erst noch nach den verschiedensten Zweckerwägungen festgestellt werden muß.[33] — Das gilt von dem scheinbar alles umfassenden Gedanken der Haftung für „Kausalität" oder Verursachung. Da man sich doch niemals entschließen wird, unterschiedslos allen Schaden demjenigen aufzubürden, dessen Handeln überhaupt in der endlosen Reihe der Bedingungen zu finden ist, an deren Ende die Beschädigung steht, so kommen füglich auch die Anhänger des „Kausalitätsprinzipes" darauf hinaus, daß der entscheidende Punkt, nämlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen gerade eine bestimmte Tatsache in jener Kette von Ursachen eines Erfolges als die ausschlaggebende zu gelten habe, doch erst noch durch eine Rechtsnorm festgestellt werden muß.[34] Daran ändert sich nichts, auch wenn man an die Stelle der „Kausalität" die „Finalität" des Handelns setzt.[35] — Dasselbe gilt aber auch von dem „Prinzip des aktiven Interesses";[36] ein Blick auf gegen-

[30] Pfaff Gutachten zur Lehre vom Schadenersatze und Genugtuung nach österr. Recht (1880) und „Replik" in Grünhuts Ztschr. VIII S. 700 ff. Was Hasenöhrl II S. 152 f. N. 34 vorbringt, wird heute kaum mehr jemand davon überzeugen, daß bei Pfaff „dies Verhältnis der Regel zur Ausnahme auf den Kopf gestellt wird".

[31] Vgl. G. Rümelin „Kulpahaftung und Kausalhaftung", Archiv für die ziv. Praxis LXXXVIII S. 285.

[32] So urteilt auch G. Rümelin a. a. O. S. 302 und 315, Degenkolb Archiv für die ziv. Praxis LXXVI S. 74 f., Stammler S. 113 f.

[33] Vgl. E. Ullmann Verh. des 22. deutschen Juristentags I S. 531 N. 6.

[34] Am schärfsten kommt dies, wie mancher andere Punkt (vgl. unten bei N. 44) gerade bei dem energischsten Vertreter der „Erfolghaftung" zum Vorschein, Mauczka a. a. O. S. 167, in seiner „5. Kollisionsnorm": „Wer die letzte Ursache zu einer Verletzung gesetzt hat, haftet nicht, wenn diese Ursache nicht die juristisch maßgebende Ursache der Verletzung ist". Vgl. auch unten N. 45 und G. Rümelin a. a. O. S. 289 ff.

[35] Sjögren Jahrb. f. d. Dogm. XXXV S. 407 ff. Siehe gegen ihn namentlich Mauczka a. a. O. S. 5 ff.

[36] R. Merkel a. a. O. S. 147 ff. vgl. auch A. Merkel Jurist. Enzyklopädie § 705.

seitige Verpflichtungsverhältnisse, wie z. B. den Lohnvertrag, genügt, um zu zeigen, daß es wieder erst Sache des objektiven Rechtes ist, zu entscheiden, welchem der beiden einander gegenüberstehenden Interessen es die Rolle des „aktiven", und daher verantwortlichen Faktors zuteilen will.[37] — Ähnliches ist von dem Prinzip der „Gefährdehaftung" zu sagen.[38] Und auch das von Unger geprägte Wort vom „Handeln auf eigene Gefahr" gibt nicht mehr, und will übrigens nach der Absicht seines Urhebers nicht mehr geben,[39] als einen treffenden Ausdruck für den rechtspolitischen Sinn einer Reihe von Fällen einer Haftpflicht auf Grund rechtmäßigen Handelns, ohne aber darüber Aufschluß zu geben, welches diese einzelnen Fälle sind oder sein sollen. Vorläufig wird also die Schadenersatzpflicht ohne Verschulden immer nur aus Einzelbestimmungen des positiven Rechtes abzuleiten und zu beweisen sein.[40] — Richtig und wichtig an allen jenen Versuchen einer Synthese ist, daß sie für gewisse Gruppen von Fällen fruchtbare legislatorische Gedanken[41] an die Stelle der früheren schüchternen Hinweise auf die „Billigkeit"[42] oder der künstlichen Erklärungen durch „vermutetes" Verschulden oder „stillschweigende" Vereinbarung gesetzt haben. — So auch für das ABGB. Auch dieses hat im 30. Hauptstücke seines II. Teiles neben der „Verbindlichkeit aus Verschulden" kaum mehr als Rubriken gegeben, unter welche verschiedene andere Fälle der Schadenersatzpflicht untergebracht werden können.[43] Jeden Versuch, insbesondere auch den, aus § 1311 ein allgemeines Prinzip für die „Kausalhaftung" zu gewinnen, muß ich für vergeblich halten. Der neueste dieser Richtung, in der gedanken-

---

[37] Bei jedem Arbeitsvertrag im weitesten Sinne des Wortes ist für den (berufsmäßigen) Arbeitsnehmer sein Interesse ebenso „aktiv" bestimmend, wie für den Arbeitgeber das seinige (vgl. oben N. 11) — das Postulat „Recht auf Arbeit" zeigt dies schlagend —; Kapital und Arbeit sind gleichgestellte Produktionsfaktoren: sollen die Gefahren zwischen beiden geteilt oder nur dem einen aufgebürdet sein (Dniestrzanski Wesen des Werklieferungsvertr. S. 104), soll die Vermögensstärke der einander gegenüberstehenden Interessen den Ausschlag geben (vgl. Jung Delikt- und Schadensverursachung S. 85 ff.)? All das sind Fragen, die heute niemand — wie vielleicht in früheren Zeiten — für indiskutabel halten wird, die aber positiv erst die Rechtsnorm entscheiden kann! Vgl. auch M. Rümelin a. a. O. S. 31 f., Mauczka a. a. O. S. 8.

[38] Vgl. M. Rümelin a. a. O. S. 55: „Daß diejenigen Wirksamkeiten, die unter den Gesichtspunkt der Gefährdung gebracht werden sollen, vom objektiven Recht ausdrücklich hervorgehoben werden müssen".

[39] Siehe nur Unger Handeln auf eigene Gefahr (2. Auflage) S. 127 ff.; dies gegen die Kritik von R. Merkel a. a. O. S. 162 f. oder Némethy GZ. 1905 Nr. 36 S. 283.

[40] Vgl. Ullmann a. a. O. S. 531.

[41] Unter denen der der Haftung des Unternehmers für die „Betriebsgefahren" (s. oben N. 9, auch Dniestrzanski a. a. O. S. 55 und 79 ff.) gewiß einer der wichtigsten ist.

[42] Wie nach dem Standpunkte der Verfasser des deutschen BGB., vgl. Protok. II S. 569. S. dagegen oben N. 8, auch R. Merkel a. a. O. S. 141 f.

[43] Das gibt wohl auch Pfaff „Replik" S. 708 f. zu, ebenso Mauczka a. a. O. S. 373. Vgl. auch Schey Mora cred. S. 17 f.

reichen Arbeit von Mauczka,[44] scheint mir gerade dadurch, daß er unerschrockener als irgend einer seiner Vorgänger die Konsequenzen jenes von ihm im § 1311 gefundenen Gedankens zieht, die Untauglichkeit desselben zur Generalisierung zu zeigen.[45] Auch für das ABGB. muß daher, wie schon im Texte bemerkt, die Schadenersatzpflicht ohne Verschulden durchaus positivistisch behandelt werden.[46] Speziell für die Haftung des Mandanten ist sie in der Erwägung begründet, daß es gerade hier im Sinne des Gesetzes wirklich das Geschäft des Auftraggebers ist, das der Beauftragte besorgt, und daher das Unglück des Letzteren Schaden des Ersteren sein muß.

§ 87.

2. Lohnanspruch des Mandatars.

Bei entgeltlichem Bevollmächtigungsvertrage steht dem Machthaber nicht nur der eventuelle Regreß- und Ersatzanspruch aus dem Vollzuge des Auftrages, sondern aus dem Vertrage selbst der Anspruch auf die Gegenleistung[1] des Machtgebers zu: „Belohnung" (§§ 1004, 1013, 1020, 1163), „Entlohnung", „Verdienst" (§ 17 AO.), „Honorar".

Es ist bereits ausgeführt, daß der Vertrag dadurch weder in einen Lohnvertrag übergeht, noch auch schlechthin in eine „Kombination" von Bevollmächtigungsvertrag und Lohnvertrag, daß vielmehr nur die Alternative besteht:[2] Entweder handelt es sich um einen Auf-

[44] Mauczka a. a. O. S. 336 ff.

[45] Daß die „Erfolghaftung", in welcher Mauczka (S. 13 f.) den „gemeinsamen Rechtsgrund" aller Schadenersatzpflicht findet, sich als einheitliches Prinzip nicht bewährt (s. dagegen auch Némethy GZ. 1905 Nr. 37 S. 294), ist eigentlich schon damit zugestanden, daß Mauczka für die Einzelfälle auf die Betrachtung der von ihm selbst als „relative" Werte bezeichneten Interessen zurückgeht (S. 84 ff. und 94 ff.). Was speziell § 1311 betrifft, so dürfte der demselben entnommene Gedanke des „aktiven Zufalls" (S. 340 ff.) nur dadurch einigermaßen haltbar scheinen, daß Mauczka doch wohl willkürlich (S. 208 ff.) die Haftung im Vertragsverhältnisse aus dem Bereiche seiner Untersuchung ausscheidet (so wie auch Dniestrzanski a. a. O. S. 74 den Schwierigkeiten dadurch zu entgehen sucht, daß er § 1311 lediglich auf außerkontraktliche Verhältnisse bezieht).

[46] Vgl. auch Gall GH. 50. Jahrg. Nr. 15 bis 17. Deshalb braucht man sich nach dem oben Gesagten natürlich nicht mit einer bloß mechanischen Aufzählung der betreffenden Gesetzesstellen zu begnügen, wie Schoberlechner a. a. O. S. 125 ff.

[1] Daß dieser nicht mehr zur „actio contraria" gehört, s. oben § 85 N. 5. Wenn Zeiller III S. 273 die „ausbedungene Belohnung" als remuneratorische Schenkung bezeichnet, ist das ein Lapsus (vgl. Nippel VII S. 64 N. 2), der sich aus Reminiszenzen der gemeinrechtlichen Mandatstheorie erklärt, vgl. oben § 60 N. 46. Eine Spur davon liegt aber auch noch in der Terminologie des ABGB. selbst, indem es hier überall von „Belohnung" spricht, nicht wie bei der Dienstmiete von „Lohn".

[2] S. oben § 69 Z. 6; vgl. auch § 60 N. 47.

trag, der ausschließlich oder doch seinem Hauptziele nach auf rechtsgeschäftliche Vertretung gerichtet ist, dann bleibt, auch wenn ein Lohn zu zahlen ist, nach der Auffassung des ABGB. bestimmend für das ganze Verhältnis die causa der „Geschäftsbesorgung", der Vertrag also „Bevollmächtigungsvertrag" — oder es handelt sich um Dienstleistungen lediglich oder doch vorwiegend tatsächlicher Natur, dann fällt der Vertrag unter den Begriff des „Lohnvertrages". In letzterem Falle allerdings, aber auch nur in diesem, tritt eine gewisse Konkurrenz von Normen des Mandats mit den grundlegenden Normen des Lohnvertrages ein (§ 1159),[3] während das Verhältnis im ersten Fall durchaus den Mandatsnormen unterworfen bleibt.

Die folgenden Sätze, durch welche einzelne Momente des entgeltlichen Mandatsvertrages etwas näher erläutert werden, gelten nur dem Falle des reinen Bevollmächtigungsvertrages; dabei kann die Analogie einzelner Gesetzesbestimmungen über den Lohnvertrag in Betracht kommen, nicht aber einfach auf letztere verwiesen werden.[4]

a) Im Zweifel ist der Bevollmächtigungsvertrag unentgeltlich (§§ 1004, 1013).[5] Ein Anspruch des Machthabers auf Entlohnung setzt daher entweder ausdrückliche oder „stillschweigende" Vereinbarung eines Entgelts[6] voraus (§§ 1004, 1163). Als wichtigstes Indiz für letztere gibt das Gesetz, wie für den Verwahrungsvertrag (§ 969), den „Stand des Geschäftsträgers" an, wobei in erster Linie die berufsmäßige (§ 8 AO.) Besorgung von Geschäften der betreffenden Art zu denken ist,[7] wie z. B. die „rechtsfreundliche" Vertretung durch

[3] S. oben S. 494 ff.

[4] Mit der unkritischen Bemerkung: „Im Falle einer bedungenen Belohnung ist das Vertragsverhältnis zugleich aus den Vorschriften über entgeltliche Dienstleistungen (§ 1163) zu beurteilen" (Zeiller III S. 273), oder auch: es gelten „im Zweifel die Grundsätze vom Lohnvertrage" (Krainz II S. 287), läßt sich die Sache nicht abtun; besser Zeiller III S. 510, Nippel VII S. 435.

[5] Vergl. Zeiller III S. 272 f., Hasenöhrl I S. 353 N. 35.

[6] Diese aber wieder vor allem Vereinbarung über die Übernahme der Geschäftsbesorgung selbst; „wo keinerlei Vereinbarung von Arbeit vorliegt, kann nicht von stillschweigender Entgeltvereinbarung die Rede sein": Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 121 f. Auf den Geschäftsführer ohne Auftrag bezieht sich daher weder § 1004 noch § 1152; vgl. dazu auch oben S. 649.

[7] Aber auch sonst die „Beschäftigungsart" (Krainz II S. 285) oder die „bekannten persönlichen Verhältnisse" des Machthabers (Zeiller III S. 273). So weit darf freilich die Interpretation kaum gehen, zu den schlüssigen Tatsachen schon die Natur des (von anderen meist gegen Besoldung übernommenen) Geschäftes zu zählen, weil der Beauftragte eben durch dessen Übernahme in den „Stand" des gewerbsmäßigen Geschäftsführers eintrete, so Bremser Österr. Ztschr. für R.- u. St.-Wiss. 1848 I S. 107; dagegen (wenn auch mit nicht ganz zutreffender Begründung) mit Recht Stubenrauch II S. 223 N. 2.

Advokaten oder Notare (§ 5 Abs. 4 NO.). Die Beachtung sonstiger „Umstände" (§ 863), aus welchen die beabsichtigte Entgeltlichkeit der Auftragsübernahme hervorgeht, ist dadurch natürlich nicht ausgeschlossen.[8]

In gewissen Fällen aber besteht nicht bloß eine gesetzliche Auslegungsregel oder Dispositivnorm, sondern kraft Gesetzes ein Anspruch auf Entlohnung („Gebühr"), wenn ein bestimmter Auftrag gegeben und übernommen ist.[9] Ein Anderes wieder ist es, wenn das Gesetz, etwa in Gestalt eines Tarifes, eine, sei es nun zwingende, sei es ergänzende Norm, für die Höhe der vertragsgemäß zu entrichtenden Vergütung[10] unmittelbar aufstellt oder deren Festsetzung dem Richter zuweist.[11]

Eine eigentümliche, gewissermaßen in der Mitte zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Vertrag stehende, Gestaltung des Bevollmächtigungsvertrages[12] bietet das Verhältnis des Armenanwalts. Pflichtgemäß übernimmt dieser die Vertretung „einstweilen" (§ 64 ZPO.) unentgeltlich, d. h. sein Anspruch auf Entlohnung ist nur ein bedingter; denn er ist gesetzlich gestundet für so lange, als das

[8] Vgl. § 612 deutsch. BGB: „Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist". — Im ABGB. ist übrigens ein leiser Unterschied zwischen § 1004 und § 1152, entsprechend der Scheidung zwischen Mandat und Dienstmiete (vgl. unten S. 665 f.), nicht zu übersehen: In dem Falle des Bevollmächtigungsvertrages (§ 1004) ist zu fragen, ob besondere Umstände vorliegen, die die Entgeltlichkeit, im Falle der Arbeitsbestellung (§ 1152), ob solche, die die Unentgeltlichkeit des Vertrages ergeben (vgl. Lormar a. a. O. S. 125) — für die Beweislast praktisch nicht ganz gleichgültig (die Berufung des § 1152 bei Krainz II S. 287 daher nicht unbedenklich).

[9] So hat der kaufmännische Kommissionär, gemäß Art. 290 HGB., „kraft Rechtsnotwendigkeit" (Grünhut S. 263) das Recht auf Provision, nicht bloß die „Vermutung" der Entgeltlichkeit für sich (wie Ehrlich Die stillschweigende Willenserklärung S. 71 es darstellt); der Gegensatz ist zwar praktisch nicht so tief, da immerhin auch der ex lege zustehende Lohnanspruch durch Parteiwillen (Verzicht) eliminiert werden kann (vgl. Lormar a. a. O. S. 123: er ist „nicht unabdingbar"), aber er bleibt doch von Belang schon deshalb, weil der gesetzliche Lohn- oder Gebührenanspruch gar keine Vereinbarung auch nur über die Dienstleistung (vgl. oben N. 6) voraussetzt. Der Gegensatz zwischen gesetzlicher „Gebührenforderung" und vertragsmäßiger „Entlohnung" des Notars kommt deutlich zum Ausdruck in Absatz 4 und 5 des § 5 NO. Vgl. auch schon oben S. 328.

[10] So in zwingender Weise der Notariatstarif (§ 5 Abs. 5, § 171 NO.), während der Advokatentarif der freien Vereinbarung nicht präjudiziert (§ 2 Ges. v. 26. März 1890, Nr. 58 RGBl.).

[11] So die Liquidierung der Advokatengebühren nach HfD. vom 4. Oktober 1833, Nr. 2633 JGS. (Art. V EG. z. ZPO.).

[12] Nicht hierher gehört der Fall des § 1015, wo es sich nicht um Entgelt, sondern um (teilweisen) Schadenersatz handelt (s. oben S. 657).

Armenrecht des Klienten besteht,[13] also bis dessen Vermögenslage sich bessert, oder die Gebühren von dem Gegner desselben eingebracht werden können[14] — ein dies incertus an et quando (§ 704).

b) Die Entlohnung besteht zumeist in Geld, kann aber auch in einer anderen Gegenleistung bestehen, ohne daß der Charakter des Vertragsverhältnisses dadurch geändert würde (arg. § 1173).

Auch sonst steht Art und Form der Entlohnung des Mandatars im Belieben des Kontrahenten.[15] Der Preis für die Geschäftsführung kann in einer einmaligen Bezahlung bestehen oder, bei dauerndem Dienstverhältnis, in periodischen Bezügen, „Gehalt", „Bestallung" (§ 1163). Er kann fest bestimmt oder nach Verhältnis zu dem Erfolge bemessen sein, formell also als Anteil an dem Geschäftsergebnisse; — wobei aber einerseits die Grenze zwischen Mandat und Gesellschaftsvertrag überschritten erscheint, sobald nach der Sachlage jene Beteiligung des Geschäftsführers an dem Gewinn nicht mehr bloß einen Antrieb zu eifriger Förderung eines fremden Geschäfts bilden soll, sondern Förderung gemeinsamer Interessen „zum gemeinschaftlichen Nutzen" (§ 1175) sich als die Geschäftskausa darstellt[16] — anderseits das Verbot der „redemtio litis" durch den Rechtsfreund (§ 879 Z. 3, § 16 AO.) dem Parteiwillen eine Schranke setzt.[17]

c) Der Anspruch auf die Entlohnung ist fällig im Zweifel nach Vollendung der Geschäftsbesorgung, bei periodischer Entrichtung der Lohn „postnumerando" zu zahlen, arg. § 1156:[18] „In der Regel gebührt der Lohn nach vollbrachter Arbeit." Auch die Bestimmung des § 1156, daß bei einer „in gewissen Abteilungen der Zeit oder des Werkes" zu verrichtenden Arbeit „ein verhältnismäßiger Teil des Lohnes" bereits vor deren Vollendung gefordert werden darf, kann sinngemäße Anwendung finden auf die Geschäftsbesorgung

[13] Vergl. Schott Das Armenrecht S. 100 und 121 ff., Petschek in Grünhuts Ztschr. XXXIII S. 459 und 490 f.

[14] S. oben S. 651, Petschek a. a. O. S. 471 f.

[15] Mit der einen im Text sofort zu erwähnenden Ausnahme gelten nur die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit. Die französische Jurisprudenz, die immer noch an der Vorstellung von der „gratuité relative" des Mandatsvertrages festhält (vgl oben § 64 N. 22), ist mit Rücksicht eben darauf geneigt (s. nur Guillouard p. 475 ss.) dem Richter das Recht der Herabsetzung der bedungenen Entlohnung zuzugestehen; nach dem ABGB. besteht dafür keinerlei Anhaltspunkt.

[16] S. oben § 69 N. 31.

[17] Das sog. pactum de quota litis ist damit nicht verboten, s. Stubenrauch II S. 38 N. 5, Krainz II S. 67 gegen Pann GH. 1868 Nr. 82.

[18] Kirchstetter S. 523, Krainz II S. 287.

des Mandatars. Was hingegen die Auslagen betrifft, so ist kein Raum für die Analogie des § 1156 angesichts der Bestimmung des § 1014: Der Machthaber, auch der besoldete, kann zur Bestreitung der bevorstehenden Auslagen *Vorschuß* verlangen,[19] nicht bloß „Ersatz der *gemachten* Auslagen vor vollendetem Werke"; soferne aber im Sinne des Vertrages die bedungene Entlohnung etwa auch die (pauschalierte) Auslagenvergütung decken soll, entfällt für den Mandatar jeder besondere Anspruch auf Impensenersatz, daher auch das Recht auf Vorschuß.[20]

d) Wie bei jedem gegenseitig verpflichtenden Vertragsverhältnisse entsteht auch für den entgeltlichen Bevollmächtigungsvertrag die Frage: Wen trifft die *Gefahr* der Obligation?[21] — eine andere „Gefahr" als die, von welcher oben (§ 86) die Rede war, wo gesagt ist, der Mandatar führe das Geschäft grundsätzlich auf Gefahr des Auftraggebers; dort handelte es sich um die Gefahren der *Ausführung*, hier handelt es sich um die Gefahr der *Vereitlung* der übernommenen Besorgung durch den Mandatar. Und die Frage ist: Entfällt bei Unmöglichkeit des Vollzuges des Auftrages auch der Anspruch des Machthabers auf die Gegenleistung, die *Entlohnung*, trägt der Mandatar die Gefahr des Unterbleibens der Ausführung, oder behält er gleichwohl den Lohnanspruch, trägt die Gefahr der Mandant?[22]

Trotz der nahen Verwandtschaft mit Dienstmiete und Werkvertrag dürfen hier die für letztere geltenden Grundsätze nicht ohne Vorsicht herangezogen werden, im Hinblick auf die freie Lösbarkeit des Vertragsverhältnisses und die besonderen einschlägigen Bestimmungen (§ 1020). Es wird zu unterscheiden sein.

α) Ist die Ausführung des Auftrages infolge *Verschuldens des Machthabers* vereitelt, so hat dieser keinen Anspruch auf die bedungene Entlohnung — arg. a contr. § 1020 a. E. so wie nach allgemeinen Grundsätzen, weil ihm die zur peremtorischen ge-

[19] Anders wohl bei dem mit Geschäftsbesorgung verbundenen Lohnvertrag, s. oben S. 496.

[20] So auch für das *deutsche* Recht Planck § 675 N. 3, wogegen, hier mit Rücksicht auf die Textierung des § 675 BGB. wohl mit Recht, *Lotmar* a. a. O. S. 142, *Ortmann* Komm. § 675 N. 1 c). Vgl. auch oben § 85 N. 11.

[21] Die „Gefahr des ganzen Vertragsverhältnisses": *Crome* II S. 170; des „funktionellen Synallagma", wie *Bechmann* Der Kauf I S. 543 und 568 ff. es nennt.

[22] Vgl. *Hofmann* Perikul. b. Kaufe S. 2 f.

wordene Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensteht (vgl. auch § 1156).[23]

Völliger Vereitlung der Ausführung steht unvollständige Ausführung dann gleich, wenn diese nach der Natur des Geschäftes für den Auftraggeber ohne jeden Wert ist. Sonst jedoch begründet (verschuldete) mangelhafte Ausführung zwar einen Ersatzanspruch des Mandanten (nach § 1012), der gegebenen Falles auch gegen die Lohnforderung des Mandatars zur Kompensation eingewendet werden kann,[24] nicht aber ipso jure gänzlichen oder teilweisen Wegfall[25] des Anspruchs auf Entlohnung.

β) Für den Fall der Vereitlung der Ausführung des Auftrages durch einen Zufall ergibt § 1020 die Norm: Gleichviel ob der Zufall sich auf Seite des Auftraggebers oder des Beauftragten ereignet, entfällt jeder Anspruch auf die Entlohnung, wenn noch res integra,[26] d. i. zur Ausführung tatsächlich noch nichts geschehen war; war die Besorgung schon begonnen, so ist (nur) ein verhältnismäßiger Teil der Entlohnung zu entrichten. Die Gefahr des Zufalls trägt also ein für allemal der Mandatar, während das Gesetz für den Lohnvertrag (§ 1155) die Gefahr zwischen Besteller und Bestelltem verteilt[27] — ein Unterschied, der nicht willkürlich gemacht, sondern der folgerichtige Ausdruck des Gegensatzes der Geschäftskausa ist, wie sie das ABGB. in dem einen und anderen Falle zum Ausgangspunkte genommen hat. Der Machthaber, der sich als getreues rechtliches Organ dem Machtgeber zur Verfügung stellt, soll, sowie er zum Nutzen und

[23] Vgl. die Fälle Slg. 1792 und 7663. Daß aus der Regel des § 919 nicht etwa zu folgern ist, der Gläubiger habe bei Vereitlung der Leistung durch den Schuldner seinerseits dennoch zu erfüllen und gegen jenen nur Schadenersatz geltend zu machen, ist von der Judikatur längst erkannt, s. Slg. 1902 und 421; auf etwas zu künstlichem Wege kommt Mayr GZ. 1904 S. 302 zu demselben Ergebnisse.

[24] S. unten § 88 Z. 3.

[25] Wie die französische Jurisprudenz (vgl. oben N. 15) aus Art. 1999 Code civ. folgert, s. Troplong Nr. 635, Guillouard p. 475.

[26] Da der Mandatar nach § 1020 Anspruch nur auf den „der Bemühung angemessenen Teil" des Lohnes hat, so hat er nichts zu fordern, so lange diese „Bemühung" noch gleich Null war. Richtig Kirchstetter S. 523; Stubenrauch (7. Aufl.) II S. 325 N. 4 findet sich noch die unrichtige Bemerkung, daß § 1020 nur den in der Person des Machtgebers sich ereignenden Zufall betreffe, während der Zufall in der Person des Machthabers erst im § 1021 behandelt sei. Allein an letzterer Stelle ist nur von einer Schadenersatzpflicht die Rede, nicht von dem Lohnanspruch. Guillouard p. 480 argumentiert auch hier aus dem Gedanken, daß das „salaire" des Mandatars nicht eigentlich Lohn, sondern „indemnité" sei.

[27] Vgl. statt aller Dniestrzanski Das Wesen des Werklieferungsvertrages S. 97 f., 115 ff. und 133 f.

auf Gefahr des letzteren handelt, so auf der anderen Seite eines Lohnes schlechthin nur gewärtig sein, wenn und soweit er für jenen wirklich gehandelt hat, „der Bemühung angemessen" (§ 1020);[28] im Lohnverhältnis der Dienstmiete, in welchem sich die wirtschaftlichen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer kreuzen,[29] soll jeder den Zufall tragen, „der sich in seiner Person ereignet", aber auch, soweit der „Zufall" eben nicht auf seiner Seite liegt, seines wirtschaftlichen Interesses sicher bleiben, wenngleich die „Dienste nicht zu stande gekommen sind" (§ 1155).[30]

γ) Von Vereitlung der Ausführung des Mandats durch Verschulden des Machtgebers kann strenge genommen nicht gesprochen werden, weil demselben Widerruf des Auftrages „nach Belieben" freisteht (§ 1020);[31] die Rechtsfolgen für diesen Fall sind daher auch keine anderen als die des Widerrufs.[32]

§ 88.

3. **Zur Geltendmachung seiner Ansprüche** (ad 1 und 2) steht dem Machthaber, wie überall, das Rechtsmittel der Klage gegen den Machtgeber zu,[1] aber auch die Einrede der Kompensation gegen etwaige Ansprüche des Letzteren — wenn anders deren allgemeine gesetzlichen Voraussetzungen, wie namentlich Fälligkeit und Gleichartigkeit[2] der Forderung, gegeben sind. Ein gesetzliches Verbot, wie im

[28] Ganz gut bemerkt Ellinger § 1020, für den Entgang der Belohnung hafte der Auftraggeber nicht, „denn der Bevollmächtigungsvertrag ist kein Lohnvertrag". Vgl. auch Troplong Nr. 650 und 651.

[29] Siehe Steinbach Erwerb und Beruf S. 12 f. Im Zusammenhange damit steht auch der oben N. 8 erwähnte Unterschied des Standpunktes der §§ 1004 und 1152. Siehe ferner unten N. 31.

[30] Zu beachten ist auch, daß § 1155 für diesen Fall von einer „Entschädigung" des Arbeiters spricht, § 1020 von einem Anspruch auf einen Teil der „Belohnung"; für letzteren kommen also die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Lohnklage und Entschädigungsklage, i. Geller JBl. 1878 S. 507 f., nicht in Frage.

[31] Weil somit eine Verpflichtung des Auftraggebers, das Vertragsverhältnis auch durchzuführen, nicht besteht. Daraus erklärt sich wohl auch, daß § 1020 im Gegensatze zu § 1155 den Fall der Verhinderung „durch Schuld" des Bestellers (vgl. Slg. N. F. 2312) gar nicht erwähnt.

[32] Über diese s. unten § 91 Z. 7.

[1] Daß aber nur die Klage ad 1 den Namen einer actio contraria verdient, s. oben § 85 N. 5. Über das bereits oben S. 651 berührte Sonderrecht des Armenanwalts nach § 70 ZPO., seine Regreß- und Lohnansprüche (vgl. Slg. N. F. 2753) bei dem sachfälligen Gegner seiner Partei einzuheben, insbesondere über die Frage, inwieweit damit ein unmittelbarer Anspruch des Advokaten aus eigenem Recht gegen den Prozeßgegner zuerkannt sei, gibt nun eine gute Übersicht die eingehende Untersuchung von Petschek Grünhuts Ztschr. XXXIII S. 447 ff.

[2] Praktisch also, nur wo beiderseits Geldforderungen sich gegenüberstehen vgl.

Falle des Depositums (§ 1440), steht hier nicht entgegen; ja die Rechnungslegung, zu der der Geschäftsführer verpflichtet ist, zielt geradezu auf „Aufrechnung" ab.[3]

Eine andere Frage ist, ob der Mandatar, wo die Möglichkeit einer Aufrechnung fehlt, mit der Erfüllung seiner Herausgabepflicht (oben § 79) zurückhalten darf, um sich die Befriedigung seiner Gegenansprüche zu sichern,[4] ob ihm also insbesondere bezüglich bestimmter Sachen (species),[5] die er vom Auftraggeber zum Zwecke der Geschäftsbesorgung empfangen oder im Laufe dieser Besorgung für denselben erhalten hat, ein Retentionsrecht zusteht. Soweit es sich um die Gegenansprüche (ad 1) für Kosten und Schaden handelt (actio contraria), ist die Frage unbedingt zu verneinen. Das wäre Retentionsrecht im engeren Sinne, wie es das ABGB. (§ 471) grundsätzlich verpönt;[6] denn ein synallagmatisches Verhältnis, aus welchem allenfalls ein Zurückhaltungsrecht im weiteren Sinne (exceptio non adimpleti contractus) abgeleitet werden könnte, besteht zwischen actio directa und actio contraria aus dem Bevollmächtigungsvertrage nicht.[7]

Soweit, bei entgeltlichem Vertrage, der Lohnanspruch (ad 2) des Mandatars in Betracht kommt, stehen sich allerdings Leistung und

unten S. 670 und N. 13). Daß namentlich auch die actio mandati contraria auf Befreiung des Mandatars von einer eingegangenen Verbindlichkeit („Liberationsregreß", s. oben S. 648) gegenüber einer Geldforderung des Mandanten nicht gleichartig und daher nicht kompensabel ist, führt mit Recht Tuhr a. a. O. S. 108 f. aus.

[3] Siehe oben S. 598. Vgl. auch Grünhut S. 261 f.

[4] Cod. Ther. III 15 Nr. 83 hatte, wie grundsätzlich überall (vgl. oben § 46 N. 35), so auch dem Mandatar wegen seiner Regreßansprüche „das Recht der Innehaltung" gegeben; ebenso jetzt das deutsche BGB. § 273, vgl. Stammler S. 102, doch wird mit Recht vor Überspannung dieses Zurückbehaltungsrechtes gewarnt: Planck zu § 273 N. 1a), Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 124, vgl. auch für den kaufmännischen Kommissionär Grünhut S. 286 und Treitschke Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel S. 50.

[5] Wo die Kompensation ausgeschlossen ist: § 1440.

[6] Über das Wesen des Retentionsrechts und die Unterscheidung des Retentionsrechts im „engeren" und „weiteren Sinne" s. oben den Zusatz zu § 46.

[7] Siehe oben S. 644 f.; daß dieses Zurückbehaltungsrecht i. w. S. nur bei wirklich synallagmatischen Verhältnissen Platz greift, oben S. 336 f. — Daß dies für die actio directa und contraria nicht zutrifft, äußert sich praktisch auch im Falle des Konkurses darin, daß hier nicht § 22 KO. anwendbar ist (anders auch hier Tuhr a. a. O. S. 25, siehe dagegen Isay S. 163); so richtig Pollak Das Konkursrecht S. 173 f., obgleich er doch nicht sagen durfte (S. 174): „Das Mandat ist ausdrücklich (durch § 1024 ABGB.) ausgeschlossen"; denn § 1024 erklärt nur das Bevollmächtigungsverhältnis pro futuro für erloschen infolge der Konkurseröffnung, besagt aber nichts über die bereits aus demselben entstandenen konkreten Ansprüche; vgl. dazu unten S. 705 f.

Gegenleistung gegenüber, ein wahres Synallagma: denn auch die Herausgabe oder Rückgabe alles dessen, was der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn in Händen hat, gehört als deren Abschluß mit zu der Dienstleistung, die er übernommen hat und für die er entlohnt wird.[8] Hier also gilt die Frage in der Tat nicht dem Retentionsrecht im engeren Sinne, sondern der aus der Entgeltlichkeit des Geschäftes abgeleiteten Einrede des nicht erfüllten Vertrages, dem sogenannten Retentionsrechte im weiteren Sinne. Aber der Regel nach muß auch dieses versagt werden. Denn für das zeitliche Verhältnis der beiderseitigen Leistungen ist hier nicht, wie bei reinen Austauschgeschäften im Sinne § 1052 Erfüllung Zug um Zug die Norm, sondern im Sinne § 1156 Vorausleistung des Beauftragten, Lohnzahlung erst „nach vollbrachter Arbeit".[9] Nur falls ausnahmsweise Vorauszahlung des Lohnes vertragsmäßig bedungen wäre, könnte gesagt werden, daß der Mandatar, wie mit der Durchführung des Geschäftes überhaupt, so auch mit der Erfüllung seiner Herausgabepflicht[10] einhalten dürfe, so lange der Mandant seine Verpflichtung nicht erfüllt hat oder zu erfüllen bereit ist.[11]

Inwieferne anderseits der Anspruch des Machthabers auf „Vorschuß" (§ 1014) der praktischen Wirkung nach zu einer Art von Zurückhaltungsrecht gerade zum Schutze seiner sonst durch actio contraria zu verfolgenden Ansprüche führt, ist bereits an früherer Stelle bemerkt.[12]

Das Sonderrecht für den Advokaten, welches § 19 AO. statuiert — er „ist berechtigt, von den für seine Partei an ihn eingegangenen Barschaften die Summe seiner Auslagen und seines Verdienstes in Abzug zu bringen" . . . und „im Falle als die Richtigkeit und Höhe seiner Forderung bestritten wird, zu seiner Deckung auch zum gerichtlichen Erlage der ihm eingegangenen Barschaften befugt, zugleich aber ver-

[8] S. oben S. 566. Anders liegt die Sache beim Verwahrungsvertrage, s. oben S. 330 und 337 f.

[9] Vgl. oben S. 663 f. und 335 f.

[10] Nicht aber der Rechnungslegungspflicht, weil diese ihrer Natur nach dem Auftraggeber das Substrat für etwaige Ansprüche zu liefern hat, die er seinerseits Ansprüchen des Mandatars entgegenhalten kann, s. oben S. 590 f.; vgl. auch Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 124, Isay S. 162.

[11] Immer aber wird zu beachten sein, daß die „fides" des Mandatsverhältnisses (s. oben § 76) rücksichtslose Ausübung dieses Rechts verbietet (vgl. auch oben N. 4), so namentlich Zurückhaltung ihm vom Mandanten zu bestimmten Zwecken übergebener Objekte, vgl. Slg. N. F. 2705; — muß doch der Machthaber, wie § 1025 zeigt, selbst nach aufgelöstem Vertrag noch die Interessen des Auftraggebers im Auge behalten.

[12] Oben S. 650 f.

pflichtet, die Richtigkeit und Höhe der bestrittenen Forderung nachzuweisen", und hat an dem erlegten Betrag „ein gesetzliches Pfandrecht für seine Forderung aus der Vertretung" —, liegt also nicht schon in dem ersten Satze, denn jedem Machthaber steht das Kompensationsrecht zu, sondern in der Verstärkung dieses Rechtes durch die weiteren Sätze, welche ihm die Aufrechnung auch für eine nicht liquide Gegenforderung durch einen gesetzlichen Pfandrechtstitel sichern.[13]

Von der anderen Seite steht dem Auftraggeber gegenüber dem Lohnanspruch des Beauftragten ein Zurückbehaltungsrecht (im weiteren Sinne) zu. Im Regelfalle — „Lohn nach vollbrachter Arbeit" (§ 1156) — ist er es, den die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen die Lohnforderung schützt, so lange der Mandatar das übernommene Geschäft nicht besorgt oder nicht zu Ende geführt hat.[14] Es wird ihm aber auch, wenn die Geschäftsführung besorgt und als solche von ihm bereits angenommen, dann aber mangelhaft befunden ist,[15] nach der Analogie des § 1153 gestattet werden müssen, daß er

[13] Vom Standpunkte des Rechtes des ABGB. (§ 1439), welches die nicht liquide Forderung von der Kompensation überhaupt ausschließt, zweifellos eine Begünstigung. Nach dem heute geltenden Rechte ist daraus unversehens ein privilegium odiosum geworden — wenn anders die bekannte durch § 391 ZPO. hervorgerufene Zweifelsfrage dahin zu lösen ist, daß für die Kompensabilität zumindest von konnexen Gegenforderungen deren Liquidität oder Illiquidität bedeutungslos geworden sei (s. über diesen, hier nicht näher zu erörternden Punkt nur Schrutka-Rechtenstamm GZ. 1900 Nr. 15 bis 17, Krainz-Ehrenzweig II S. 171 f.). Denn, während früher das besondere war, daß der Advokat sich auch für die bestrittene Palmarforderung Deckung aus den eingegangenen Geldern überhaupt verschaffen konnte, liegt nunmehr die Besonderheit darin, daß er dies nicht auf dem sonst offenstehenden einfachen Wege der Zurückbehaltung und Aufrechnung gegen den Herausgabeanspruch des Klienten tun kann, sondern genötigt ist, wenn er sich sichern will, den streitigen Betrag zu Gericht zu erlegen und zugleich seinerseits die Liquidierung und Einbringung seiner Forderung zu betreiben (vgl. Slg. 13500 und N. F. 2249), eine Last, die er als Ausfluß seiner Standespflicht und „advokatorischen Treue" auf sich nehmen muß, wie das auch die Erklärung des Ausschusses der niederösterreichischen Advokatenkammer, GZ. 1904 Nr. 10, anerkennt (vgl. auch Reinhold GZ. 1904 Nr. 30; einen etwas abweichenden Standpunkt nimmt die Notiz GH. 48. Jahrg. Nr. 22 ein). Nach alledem verdient das Institut des § 19 AO. nicht den ihm gewöhnlich (siehe z. B. Krainz I S. 537, Rintelen im Österr. Staatswörterbuche v. „Advokatur", dagegen Slg. 12269 und N. F. 2642) beigelegten Namen eines „Retentionsrechts". — Über das abgeschwächte Retentionsrecht des Advokaten nach § 12 AO. bezüglich der „Handakten" (die deutsche Rechtsanwaltsordnung gibt ihm volles Zurückbehaltungsrecht, Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 124 N. 13) s. oben S. 567.

[14] Daß dazu auch die Erfüllung der Herausgabepflicht gehört, s. oben S. 667 f.

[15] Daß Anerkennung der Geschäftsführung als suum negotium durch den Auftraggeber noch nicht gleichbedeutend

zum Zweck der Sicherung der „Verbesserung" oder in letzter Linie seiner Schadloshaltung „einen verhältnismäßigen Teil des Lohnes" zurückhalte[16] — eine Befugnis, die über das dem Mandanten schon nach allgemeinen Grundsätzen zustehende Kompensationsrecht hinausgeht,[17] weil sie unabhängig ist von den gesetzlichen Voraussetzungen und Formen der Aufrechnung. So dient sie dem Machtgeber zur Sicherung auch etwaiger Ansprüche auf Herausgabe bestimmter Sachen und bietet ihm Deckung, noch bevor sein etwaiger Schadenersatzanspruch liquid gestellt ist.[18]

Daß alle Ansprüche des Machthabers durch den Anspruch des Machtgebers auf Rechnungslegung gehemmt werden können, s. oben § 80.[19]

4. Bei gemeinschaftlichem Auftrag durch **mehrere Mandanten** können sich deren Verpflichtungen gegenüber dem Mandatar als Korrealschuld darstellen, wenn und weil sie im Vertrage „Alle für Einen und Einer für Alle" die Haftung übernommen haben. Gesetzliche Korrealität, wie nach römischem, preußischem, französischem Rechte,[20] ist im ABGB. hier nicht ausgesprochen. Gleichwohl führt die Eigenart des Verhältnisses, soweit es sich um die Vergütung von Kosten und Schaden (die actio contraria) des Mandatars handelt, zur Korrealität,[21] auch wo solche nicht im Vertrage bedungen ist. Denn jeder Aufwand, den der gemeinschaftliche Mandatar in der

ist mit Gutheißung der Art der Ausführung s. oben S. 554 f. — Andererseits ist es gewagt, schlechte Geschäftsbesorgung (Verlust eines Prozesses durch Schuld des Advokaten) einfach als Nichterfüllung des Auftrags zu behandeln und demgemäß den Anspruch auf Entlohnung schlechthin abzuweisen, wie Stg. 1792.

[16] Mit Recht bezieht die Praxis die Bestimmungen des § 1153 über „Mängel" des „Werks" nicht bloß auf Werklieferungsverträge i. e. S., sondern auf die Mangelhaftigkeit der Arbeitsleistung bei irgend einem Lohnvertrage (s. die Entsch. bei Manz § 1153 N. 3 und 5); daher ist die Analogie der mangelhaften Geschäftsführung begründet.

[17] In dieser Richtung ist das oben § 46 N. 33 Gesagte zu korrigieren.

[18] Vgl. aber in letzterer Beziehung oben N. 13.

[19] Besonders oben S. 596 N. 22.

[20] PrLR. I 13 § 211, Code civ. Art. 2002 (cf. Troplong Nr. 687), Schweiz. Obl. R. Art. 401, L. 59 § 3 D. h. t.; die gemeinrechtliche Theorie denkt dabei aber an „bloße Solidarität", s. Ribbentrop Zur Lehre von der Korreal-Obl. S. 90 N. 1, Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. III S. 61 f. und 138, Windscheid P. II § 298 N. 16, ebenso, wie es scheint, sächs. GB. § 1316.

[21] So auch Unger Pass. Korrealität und Solidarität S. 91 N. 215; a. M. Krainz II S. 287 N. 15 und Grünhut S. 246 N. 3, obgleich er bemerkt, daß „die Solidarität der Natur der Sache entspricht". — Wird derselbe Auftrag von mehreren selbständig, unabhängig voneinander gegeben, dann liegt allerdings der Typus der „bloßen Solidarität" (siehe oben § 82 Zus.) im Gegensatz zur „Korrealität" des ABGB. vor, vgl. auch Guillouard p. 490.

Geschäftsbesorgung macht, ist für jeden der Mandanten gemacht, der Ersatzanspruch daher auch gegen jeden derselben „in solidum" begründet. Und diese Ersatzpflicht der Mandanten ist wahre Schuldgemeinschaft, weil sie nur die Kehrseite ihres gemeinsamen Interesses und ihres gemeinschaftlichen Rechtes ist;[22] deshalb erscheint unter ihnen auch das Regreßrecht als Ausfluß der Schuldgemeinschaft im Sinne § 896 begründet. Aber auch die der Korrealität des österreichischen Rechts charakteristische Haftung für die culpa des Mitschuldners trifft hier zu. Denn, was der eine Mandant zum Schaden des Mandatars verschuldet und wegen seines Verschuldens vertreten muß, stellt sich dem Anderen gegenüber zumindest als ein „mit der Erfüllung des Auftrages verbundener" zufälliger Schaden des Beauftragten dar, dessen Ersatz nach den Schlußworten des § 1014 auch von ihm gefordert werden kann.[23]

Nur bezüglich des Lohnanspruches, der einzig und allein auf dem Vertrage beruht,[24] bleibt es bei der Regel des § 888, wonach im Zweifel die Verpflichtung der Auftraggeber jeden nur pro parte trifft.[25]

[22] S. oben S. 645. Als Gegenstück sei auf die selbständige Berechtigung jedes einzelnen von mehreren Auftraggebern zum Begehren der Rechnungslegung verwiesen; ob dabei von „solidarischer" Berechtigung gesprochen werden kann, ist zu bezweifeln, weil es mindestens nicht in allen Fällen zutreffen wird, daß der Mandatar dadurch, daß er dem einen Mandanten Rechnung gelegt hat, auch von jeder Rechnungslegung gegenüber dem anderen frei wird; vgl. Slg. 14061, Klewitz Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung S. 41 f., Dernburg Pr. R. II S. 524.

[23] Vgl. oben § 86.

[24] Vgl. oben S. 644.

[25] Anders allerdings Slg. 1959 und 2017; wenn die erstere Entscheidung sich auf die oben N. 20 zitierte L. 95 § 3 h. t. beruft, so ist das unpassend, weil diese sich natürlich nicht auf die Lohnforderung des Mandatars bezieht, und wenn sie das Schweigen des ABGB. über die Solidarhaftung der Mandatare (im Gegensatze zu Art. 2002 Code civ.) in dem Sinne der Anerkennung dieser Solidarität deutet, so steht das geradezu im Widerspruche mit § 888 ABGB.

V.

Endigung des Auftragsverhältnisses.

ALR. §§ 1020—1026. — Krainz II § 384. — R. Mann Die eigentümlichen Endigungsgründe des Mandats, bezw. der Vollmacht (Diss. Erlangen, 1896).

§ 89.

Durch den Bevollmächtigungsvertrag, und mit dessen Abschluß beginnend, ist zwischen Auftraggeber und Beauftragtem das Kausalverhältnis der „Geschäftsbesorgung" geschaffen. Je nach Inhalt und Verlauf der „Besorgung" erwachsen dann aus dieser durch den Vertrag festgelegten Zweckbestimmung, dem Vertragsverhältnisse, konkrete Ansprüche auf bestimmte Leistungen. Der Bestand der Kausalbeziehung, das „Auftragsverhältnis",[1] ist also nicht identisch mit den einzelnen Ansprüchen aus dieser causa und auch nicht lediglich die Summe dieser Ansprüche.[2] Es ist vorerst nur Voraussetzung für die eventuelle Entstehung einzelner durch jenen Zweck postulierter Ansprüche nach der einen und der anderen Seite.[3] Und demgemäß bedeutet

[1] In demselben Sinne handelt Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 58 f. und 508 ff. von dem „Arbeitsverhältnis" als dem durch den Abschluß des Arbeitsvertrages begründeten Rechtsverhältnisse. — Ich würde zur Bezeichnung des Rechtsverhältnisses als Ganzen am liebsten den Ausdruck „Schuldverhältnis" (,,Obligationsverhältnis", wie in dem Titel dieses Buches) wählen, im Gegensatze zu der einzelnen aus demselben entspringenden „Forderung" (Anspruch), wenn jetzt nicht das deutsche BGB. den Kunstausdruck „Schuldverhältnis" sowohl in dem einen wie dem anderen Sinne gebrauchen würde, vgl. §§ 241 und 362 BGB., dazu statt Aller Stammler S. 214 ff., Schollmeyer Komm. S. 2, Waller Surrogation S. 55 f. und 65 f.

[2] Vgl. Schollmeyer a. a. O., Hellwig Lehrb. des deutschen Zivilpr. I S. 194 ff., P. Klein Untergang der Obligation durch Zweckerreichung (1905) S. 23 ff. und 82. Mit der von mir vertretenen Auffassung (Grünhuts Ztschr. VII S. 766), wonach „jedes subjektive Recht formell in Ansprüchen aufgeht", steht das im Texte über das kausale Rechtsverhältnis Gesagte nicht in Widerspruch (wie Waller Surrogation S. 60 f. N. 2 anzunehmen scheint). Zu der Unterscheidung des Haftungsverhältnisses und der einzelnen Ansprüche vgl. auch oben beim Leihvertrag S. 219 f.

[3] Keller Pand. § 315 sprach vom „Mutterverhältnis", aus dem „die einzelnen Forderungen entspringen können". — In dieser Richtung ist jedenfalls treffend die Antithese von Brinz P. II S. 23 und 36: „Haftung" als Quelle künftiger „Schuld", der sich jetzt auch Bekker Ztschr. der Sav.-Stift. XV S. 206 und Jahrb. f. d. Dogm. XLIX S. 51 ff. angenähert hat („Beziehungen" als der „Boden, aus dem Forderungen und Schulden erwachsen"). Nur in entfernterem Zusammenhange mit diesem Gegensatze steht die neuestens viel — vielleicht mehr als sie verdient — kontrovertierte Frage der begrifflichen Trennung von „Haftung" und „Schuld" in dem konkreten Forderungsrecht (siehe zuletzt Isay Jahrb. f. d. Dogm. XLVIII S. 187 ff. und Siber ebd. L S. 55 ff.). — Mit der Gegenüberstellung der „Hauptverbindlichkeit" und der „übrigen Verbindlichkeiten", wie bei Dankwardt S. 102 ff., ist das Verhältnis nicht richtig charakterisiert.

auch das Aufhören des Vertragsverhältnisses nur, daß künftig aus diesem Rechtsgrunde keine Ansprüche mehr entstehen können. Gleichwie aber vom Anfang vielleicht zunächst nur das Kausalverhältnis zwischen den Kontrahenten besteht, ohne daß noch irgend ein aktueller Anspruch auf Grund desselben ins Leben getreten wäre,[4] so kann anderseits das Vertragsverhältnis erloschen sein, wenngleich früher bereits entstandene Ansprüche fortwirken;[4a] es können aber auch alle in einem gegebenen Augenblicke vorhandenen Einzelansprüche getilgt werden, ohne daß damit das Kausalverhältnis als solches gelöst wäre. Darauf hin müssen die verschiedenen Aufhebungsgründe geprüft und gesondert werden.[5]

Für die einzelnen aus dem Mandatsverhältnis entsprungenen Ansprüche gelten die allgemeinen Gründe der „Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten". Besondere Erlöschungsarten aber kommen in Betracht für das Auftragsverhältnis selbst in dem angegebenen Sinne, „besondere", weil sie die einzelnen durch actio mandati gedeckten Forderungen nicht berühren,[6] sowie umgekehrt das Vertragsverhältnis als solches durch die allgemeinen Normen folgenden Aufhebungsgründe der Einzelansprüche nicht getroffen wird.[7]

[4] Für die Seite der actio contraria wird das allgemein anerkannt, aber es gilt auch für die actio directa nicht notwendig das Gegenteil; es braucht nach Lage des Falles durchaus nicht zuzutreffen, daß, wie Tuhr a. a. O. S. 27 f. N. 17 behauptet, der Mandatar „sofort zu einer Tätigkeit verpflichtet" ist.

[4a] „Mandatum non etiam mandati actio solvitur", wie Paul. L. 58 pr. D. h. t. sagt (cf. L. 26 pr. eod.: „mandatum solvi, sed obligationem durare").

[5] Vgl. Stammler S. 219 f. Scharf unterscheidet diesbezüglich Slg. 14700. P. Kleins oben N. 2 angeführte Schrift bietet in dieser Richtung viel Lehrreiches, scheint mir aber unter methodischen Schwächen sowie Überschätzung des systematischen Wertes des Begriffes der „Zweckerreichung" zu leiden. Vgl. auch die Aufzählung bei P. Klein Österr. Richter-Zeitung I S. 161. — Wenig dürfte mit der Scheidung von „primärer" und „sekundärer Verbindlichkeit" bei Mann S. 12 f. gewonnen sein.

[6] Nicht also, als ob ähnliches nicht auch bei anderen Vertragsverhältnissen vorkäme (Mann S. 39, auch Schuster S. 113) — man denke nur an die Auflösung der Miete durch Kündigung, des Gesellschaftsvertrages durch den Tod u. a. m. —, die so verstandene, früher übliche Einteilung „modi tollendi obligationum communes und proprii" (Unterholzner I S. 459, Sintenis II § 103 N. 3) ist systematisch wertlos. Im ABGB. kommt das Besondere der in den §§ 1020 ff. behandelten Aufhebungsgründe besser zum Ausdruck, indem dieselben nicht wie die allgemeinen Aufhebungsgründe der §§ 1411 ff. als „Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten", sondern als „Auflösung des Vertrages" bezeichnet sind — was dann freilich leicht dazu verleitet (siehe Zeiller III S. 300), die Beendigung des aus dem Vertrage entstandenen Rechtsverhältnisses (so gut Winiwarter IV S. 228) mit Abgehen vom Vertrage zu verwechseln; vgl. noch unten S. 680.

[7] Nur wenn beides nicht auseinandergehalten wird, scheint es nötig, ausdrücklich hervorzuheben, wie Ellinger zu § 1026, daß der Auftrag (die Vollmacht) als solcher nicht durch Verjährung erlischt.

Nur von Ersteren ist hier zu handeln.

Dabei wird die dogmatische Verwertung der einschlägigen Bestimmungen des ABGB. angesichts der Unsicherheit des Letzteren in Bezug auf die Abgrenzung dieser Begriffe[8] überall zu prüfen haben, inwieweit der betreffende Aufhebungsgrund nur dem „Auftrag" oder nur der „Vollmacht" gilt, oder beiden zugleich.[9] Es wird aber auch daran zu erinnern sein, daß von dem „Auftrag", der das Verpflichtungsverhältnis zwischen Mandanten und Mandatar, sowie von der „Vollmacht", die die Macht zur Vertretung des Mandanten „nach außen" kennzeichnet, auch noch die „Ermächtigung", d. i. die Befugnis des Mandatars zu dem Eingreifen in die Rechtssphäre des Mandanten, die „innere Seite" der Vollmacht[10] begrifflich zu sondern ist.[11] Klar, daß mit der Entziehung dieser „Ermächtigung" notwendig auch der „Auftrag" hinfällig werden muß; denn eine Verpflichtung zur Besorgung eines fremden Geschäfts ohne die Befugnis dazu ist undenkbar.[12] Regelmäßig wird auch umgekehrt mit der Aufhebung des Auftrags die Ermächtigung erlöschen; begrifflich notwendig ist dies nicht.[13] Gewöhnlich wird ferner Entziehung der Vollmacht „nach außen" zugleich Erlöschen des Auftrags sowie der Ermächtigung „nach innen" bedeuten; aber auch dies nicht ausnahmslos.[14] Ob endlich mit dem Ende von Auftrag und Ermächtigung auch die „Vollmacht", somit die rechtliche Möglichkeit, gleich-

---

8 Vgl. oben § 61.

9 Stubenrauchs Darstellung stellt (in der neuesten Auflage) diesen Grundsatz an die Spitze der Bemerkungen zu §§ 1020 ff., läßt es aber im weiteren Verlauf meist dennoch im Unklaren, ob vom Verhältnis „nach innen" oder „nach außen" die Rede ist.

10 Oben § 61 N. 41.

11 Die einzelnen „besonderen" Aufhebungsgründe knüpfen teils — soweit sie von der Person des Machtgebers ausgehen — an die Natur der „Ermächtigung", teils — soweit sie vom Machthaber ausgehen — an die Eigenart der Auftragspflicht an; vgl. unten §§ 91 ff.

12 „Das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden" gehen Hand in Hand: § 1022.

13 Denkbar ist immerhin eine Vereinbarung, durch welche der Auftrag in eine procuratio in rem suam (oben S. 433) übergeleitet wird, indem der Mandatar (z. B. behufs Abfindung für seine Ansprüche) ermächtigt wird, Forderungen des Auftraggebers (statt als Zessionar) weiter im Namen des Auftraggebers, aber für sich selbst einzubringen (vgl. Slg. N. F. 1290). — Eine Ausnahme ergäbe sich ferner nach Zeillers Auslegung des § 1022 (siehe dagegen aber unten § 92 N. 20) beim Tode des Machthabers, wenn dessen, nicht des Machtgebers Erben durch Abbrechen der Geschäftsführung gefährdet wären, in welchem Falle sie zur Fortsetzung „berechtigt, aber nicht verpflichtet" sein sollen.

14 In Verbindung mit einer Änderung der Instruktionen kann vielleicht die „nach außen" wirksame Vollmacht zurückgenommen, die bis dahin „offene" Vollmacht in eine „geheime" verwandelt werden bei Fortbestand des Auftrags.

wohl noch rechtswirksam für den Mandanten zu handeln, verloren ist, läßt sich nicht von vorneherein bestimmen.[15] Doch gibt das Gesetz im § 1026 eine wichtige Direktive: Ist die Vollmacht nur Mittel für den Zweck des Auftrags,[16] so muß dieselbe Tatsache, die den Auftrag (und die Ermächtigung) des Machthabers aufhebt, auch ein Rechtsgrund sein für das Erlöschen der Vollmacht;[17] aber wie die Erteilung der Vollmacht, im Gegensatze zu jenem, eine an Dritte gerichtete Erklärung war,[18] so wirkt der Erlöschungsgrund regelmäßig nur dann und erst dann, wenn sein Eintritt auch dem Dritten bekannt geworden ist — bis dahin besteht „Vollmacht ohne Auftrag".[19]

Im Einzelnen kommen folgende Endigungsgründe in Betracht.

§ 90.

1. Beendigung (Vollendung) der Geschäftsbesorgung.

Mit der vollständigen Ausführung des Auftrages — wozu auch noch die Übertragung der Ergebnisse derselben, die Erfüllung der oben (§ 79) erörterten „Herausgabepflicht", zählt — ist sein Zweck zugleich erreicht und erschöpft, das Auftragsverhältnis daher naturgemäß

---

[15] Die Frage der Erlöschung der Vollmacht als solcher liegt bereits außerhalb des Planes dieser Darstellung und wird daher im folgenden bei Besprechung der verschiedenen Endigungsgründe des Auftragsverhältnisses nur mit einzelnen Bemerkungen gestreift werden können. Vortrefflich orientiert über die Frage Hupka Die Vollmacht S. 375 ff. (s. übrigens unten N. 17).

[16] Vgl. oben S. 435.

[17] Insoweit halte ich den Gedanken des deutschen BGB. § 168 — „das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse" — für wohlbegründet und ist es doch wohl mehr als „eine bloß zufällige Übereinstimmung" (so Hupka a. a. O. S. 377), daß im allgemeinen dieselben Erlöschungsgründe für die „Vollmacht" wie für das „Kausalverhältnis" in Betracht kommen; die „abstrakte" Wirksamkeit der Vollmacht (welche Hupka a. a. O. zu überspannen scheint, vgl. auch oben § 61 N. 87) beruht in diesen Fällen nur darauf, daß zum Schutze des gutgläubigen Dritten die Kraft des natürlichen Erlöschungsgrundes der Vollmacht gehemmt erscheint, bis entweder eben dieser oder auch ein anderer Erlöschungsgrund, so namentlich eine Widerrufserklärung dem Dritten zur Kenntnis gelangt ist — eine Auffassung, die, wie im Texte bemerkt, für das ABGB. ebenso zutrifft, wie für das deutsche BGB. (§§ 170 und 171), vgl. Planck zu § 167 N. 3. — Damit soll übrigens nicht geleugnet sein, daß eine Vollmacht auch wirklich „abstrakt" gegeben sein kann (s. namentlich Hölder Komm. § 168 N. 2), d. i. nicht als Werkzeug für die Ausführung eines bestimmten Geschäftszweckes, daß also die Voraussetzung unseres ABGB., daß jeder „Vollmacht" ein „Auftrag" zu Grunde liege (vgl. schon oben § 61 und unten S. 688 f.), allerdings auch in dieser Richtung nicht zutrifft.

[18] Oben § 61 N. 52.

[19] Oben S. 432 f. Vgl. die Begründung Zeillers bei Ofner II S. 566 und Rippel VII S. 115, der diesen Fall des „Vertrauensschutzes" ganz gut mit dem Gedanken des § 367 in Verbindung bringt.

erloschen, weil diese causa nun keinen Anlaß und deshalb keinen Rechtsgrund mehr abgeben kann für die Entstehung weiterer Ansprüche.

Die Durchführung der übernommenen Besorgung ist zugleich Erfüllung der Verpflichtung des Mandatars; gleichwohl kann man nicht sagen, daß hier das Auftragsverhältnis als solches durch solutio im technischen Sinne des Wortes nach allgemeiner Norm erledigt sei.[1] „Zahlung", d. i. „die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist" (§ 1412) kann immer nur konkrete Ansprüche, „Rechte und Verbindlichkeiten" (§ 1411) tilgen. Wenn das Obligationsverhältnis als causa durch die Ausführung des Auftrages sein Ende findet, so ist das nur die indirekte Folge der Pflichterfüllung des Mandatars, indem durch dessen Leistungen der Zweck des ganzen Vertragsverhältnisses erledigt erscheint.[2] Daher, und nur daher, begreift es sich, daß auch unter Umständen das Auftragsverhältnis durch Vollendung der Geschäftsbesorgung beendigt, gleichwohl aber ein noch unbefriedigter Anspruch auf der einen oder anderen Seite übrig sein kann, so nicht nur eine actio contraria des Mandatars, sondern auch vielleicht eine actio directa des Mandanten, wenn etwa die Geschäftsführung als abgeschlossen anerkannt, jedoch als deren Ergebnis ein Guthaben des Geschäftsherrn festgestellt ist.[3]

Und weil dem so ist, steht in dieser Richtung der Erfüllung des Zweckes, der „Zweckerreichung", ganz gleich dessen Vereitlung:[4] Das Auftragsverhältnis als causa fernerer Ansprüche erlischt

2. mit der endgiltigen **Unmöglichkeit der Ausführung** des Auftrages. Das gilt nicht bloß von der zufälligen Unmöglichkeit[5] der

[1] Mit Recht wird daher die vollendete Ausführung unter den „besonderen" Erlöschungsgründen des Mandatsverhältnisses aufgezählt z. B. bei Keller Pand. S. 592, Sintenis II S. 578, Baron Pand. § 306 III, Le Jolis Nr. 490, Grünhut S. 390, was Mann S. 10 N. 1 zu tadeln findet.

[2] Daher dies die „normale" (Keller a. a. O.), „selbstverständliche" (Crome II S. 626) Endigung des Verhältnisses. P. Klein Untergang der Obligation S. 65 ff. will gerade dies nicht „Zweckerreichung" im technischen Sinne nennen; die Betrachtung des Falles unter dem Gesichtspunkt des „Zusammenbrechens des Schuldverhältnisses durch Erlöschen aller Einzelforderungen" S. 42 f. und 148 ist nicht zutreffend, vgl. oben § 89 bei N. 5.

[3] Oder zu solchem Behufe der Anspruch auf Rechnungslegung noch aufrecht bleibt, vgl. Troplong Nr. 760 und unten S. 700.

[4] Sowie auch durch Konfusio nicht bloß der einzelne Anspruch, sondern das ganze Mandatsverhältnis als zwecklos erloschen ist; vgl. Klein a. a. O. S. 149.

[5] Nur diese wird allgemein angeführt, Le Jolis Nr. 490, Krainz II § 384, 3 (unter Berufung auf § 1447, der aber zunächst nur die konkreten Ansprüche betrifft!), Schollmeyer S. 124, Grünhut S. 391.

Erfüllung, sondern unter allen Umständen. Fällt die Vereitlung des Zweckes der Geschäftsbesorgung oder der Möglichkeit seiner Erreichung einem Verschulden des Beauftragten zur Last, so ist in demselben Augenblicke allerdings ein Ersatzanspruch, der auch bestehen bleibt, ausgelöst, aber dem Kausalverhältnisse des Mandats ist nichtsdestoweniger der Lebensfaden abgeschnitten, weil nun einmal eine weitere „Besorgung" dieses Geschäfts tatsächlich unmöglich und daher die Entstehung weiterer Ansprüche aus solcher Besorgung ausgeschlossen ist. Bei kulposer wie kasueller Vereitlung der Ausführung also ist das Auftragsverhältnis erloschen. Aber für den einen wie den anderen Fall darf nicht vergessen werden, daß dies Erlöschen des Auftragsverhältnisses eben voraussetzt, daß in der Tat nichts mehr für dessen Zwecke zu tun bleibt.[6] So lange der Mandatar — und im Hinblick auf seine Treuepflicht (oben S. 532 f.) ist dies von nicht geringer Wichtigkeit — die völlige Unmöglichkeit der Ausführung noch nicht mit aller Sicherheit festgestellt hat,[7] aber auch, so lange er wenigstens noch Sorge tragen kann, die nachteiligen Folgen des Fehlschlagens der Ausführung für den Mandanten zu mildern oder wettzumachen[8], ist die causa des Vertrages nicht erschöpft, besteht also das Vertragsverhältnis noch fort.

Für beide bisher besprochenen Fälle kann gesagt werden, daß nicht nur der Auftrag und die Ermächtigung, sondern auch die Vollmacht des Mandatars erlischt; denn, soweit sie sich auf eben diese Geschäftsführung bezieht, ist sie mit deren Vollendung oder deren Vereitlung gegenstandslos geworden. Das trifft buchstäblich zu bei einer auf das betreffende einzelne Geschäft lautenden Spezialvollmacht.[9] Ist aber die, sei es auch zum Zwecke einer bestimmt abgegrenzten Geschäftsbesorgung gegebene Vollmacht formell weiter gefaßt, so besteht sie als solche trotz konsumierten Auftrags fort — „nach außen" wirksam, so lange sie nicht durch Widerruf oder sonst eine sie unmittelbar treffende Tatsache aufgehoben wird.[10]

---

[6] Soweit sind die Einwendungen von Titze Die Unmöglichkeit der Leistung S. 101 f. gegen die übliche Fassung des Satzes vom Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Unmöglichkeit begründet.

[7] Bei Grünhut S. 391 ist dies wenigstens angedeutet.

[8] Dazu gehört mindestens die Anzeige an den Auftraggeber, vgl. Titze a. a. O. S. 96, oder die Einholung neuer Instruktionen (s. oben S. 553); vgl. Slg. 5678.

[9] Vgl. auch Hupka a. a. O. S. 379.

[10] Oder etwa die Tatsache, welche den Auftrag aufhebt, auch jede Vollmacht vernichtet, wie z. B. der Tod.

3. Das Auftragsverhältnis erlischt — unbeschadet auch hier des Bestandes der bereits daraus entsprungenen konkreten Ansprüche — mit **Ablauf der Zeit**, für welche dasselbe im Vertrage vereinbart war:[11] im Grunde nur eine Anwendung des zu 1 erörterten Gedankens. Denn wo die übernommene Vertretung nicht, oder nicht bloß durch Bezeichnung bestimmter zu besorgender Geschäfte, sondern durch zeitliche Abgrenzung charakterisiert ist, bedeutet der Ablauf dieser Frist nichts anderes als Erfüllung und Erschöpfung der Zweckbestimmung des Auftragsverhältnisses.[12]

Dasselbe gilt von dem Eintritte einer dem Auftrag etwa beigesetzten auflösenden oder der Defizienz einer aufschiebenden Bedingung.[13]

4. Daß das Auftragsverhältnis mit **„beiderseitiger Einwilligung"** (§ 920) (contrarius consensus) aufgehoben werden kann, bedarf keiner besonderen Erörterung und ist auch angesichts der Möglichkeit der Aufhebung durch einseitige Willenserklärung (unten zu 7 und 8) praktisch von geringerer Bedeutung;[14] — aber doch nicht ohne jede Bedeutung, vor allem, weil die einverständliche Lösung des Verhältnisses sich natürlich über die der einseitigen immerhin gezogenen gesetzlichen Schranken hinwegsetzen kann.[15]

5. Die theoretische Übersicht muß unter den Endigungsarten des Auftragsverhältnisses auch der **Novation** gedenken.[16] Freilich die „echte Novation", wie sie Unger genannt hat, gehört nicht hieher; sie ist Tilgung einer Forderung statt durch Zahlung durch Verschaffung

---

[11] Über die Bedeutung der „Vertragszeit" s. vorzüglich Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 508 ff.

[12] Bezüglich der „Vollmacht" kann daher gleichfalls auf das oben zu 1 und 2 Gesagte verwiesen werden.

[13] Nicht bloß der Eintritt der Resolutivbedingung, die zumeist allein hier angeführt wird (vgl. Hupka a. a. O. S. 379, Mann S. 10, P. Klein Österr. Richter-Zeitung I S. 161, Schuster S. 113) gehört hierher; denn mag man auch den suspensiv bedingten Einzelanspruch als noch gar nicht existent bezeichnen, so kann man doch nicht wohl behaupten, das „Rechtsverhältnis" sei noch nicht vorhanden (so Regelsberger P. I S. 569): eine gewisse Gebundenheit, eine „Haftung" besteht zweifellos auch hier schon pendente conditione, das „Auftragsverhältnis" als Kausalverhältnis hat auch hier schon mit dem Vertragsschlusse begonnen und die Defizienz der Bedingung bedeutet daher einen Fall seines Erlöschens. Vgl. Lotmar a. a. O. S. 516 ff., Enneccerus Lehrbuch I S. 461.

[14] Mann S. 10 f., Klein a. a. O. S. 162.

[15] Überdies kann damit auch ein Verzicht auf bereits begründete Ansprüche verbunden sein, das ganze Obligationsverhältnis also, auch wenn nicht mehr res integra, getilgt werden; treffend hatte darauf Cod. Ther. III 15 Nr. 90 hingewiesen.

[16] Anders P. Klein Untergang der Obligation durch Zweckerreichung S. 39.

einer neuen Forderung.[17] Gleich der Zahlung kommt sie daher als rechtsaufhebende Tatsache nur für konkrete Ansprüche in Betracht.[18] Die Novation mit „Verwechslung des Rechtsgrundes" (§ 1376), die „unechte Novation" Ungers („Schuldverwandlung") bezieht sich hingegen ihrer Natur nach gerade auf das den Verpflichtungen zu Grunde liegende Kausalverhältnis, welches durch sie aufgehoben wird, um einem neuen Platz zu machen; und dieser Vorgang ist auch beim Bevollmächtigungsverhältnisse denkbar. Unter diesen Gesichtspunkt fiele es, wenn der (entgeltliche) Auftrag, der ursprünglich ausschließlich oder vorwiegend auf rechtsgeschäftliche Vertretung gerichtet war, durch neue Vereinbarung auf Arbeiten tatsächlicher Natur in solchem Maße erstreckt oder beschränkt würde, daß diese dem Wesen und Zwecke nach zur Hauptsache werden. Nach der Auffassung des ABGB. hört mit dieser Abänderung des Gegenstandes des Auftrages die Herrschaft der causa des Bevollmächtigungsvertrages auf und wird für die gegenseitigen Ansprüche die causa des Lohnvertrages maßgebend[19] — somit Novation mit „Verwechslung des Rechtsgrundes". Als Novation müßte aber auch die nachträgliche Verabredung einer Entlohnung für den anfänglich unentgeltlich übernommenen Auftrag gelten. Denn bleibt damit auch die causa der Geschäftsbesorgung bestehen,[20] so ist dies doch Einführung einer neuen „Hauptverbindlichkeit" (§ 1377) — somit Novation mit „Verwechslung des Hauptgegenstandes" im Sinne des § 1376.

6. Daß und inwieferne die (befugte) **Substitution** als Erlöschung des Auftragsverhältnisses anzusehen ist,[21] ist bereits oben (§ 81) dargelegt.[22]

§ 91.

Charakteristisch für den Bevollmächtigungsvertrag ist die Möglichkeit einseitiger „Auflösung" (Marg.-Rubr. zu §§ 1020, 1021) des Verhältnisses durch Willenserklärung des einen oder anderen Teiles, von der Doktrin „Kündigung" genannt.[1] Das ABGB. be-

[17] Unger Grünhuts Ztschr. XV S. 554 und S. 557 N. 9.

[18] Nur für die „echte Novation" trifft die Bemerkung von Krainz II S. 183 (vgl. auch Hruza Zur Lehre von der Novation S. 43) zu, daß immer „nur eine einseitige Leistungspflicht" Gegenstand der Novation sein könne, nicht aber der „obligationenerzeugende Vertrag".

[19] Vgl. oben S. 493 f.

[20] S. oben S. 660 f.

[21] Vgl. auch Le Folis N. 508.

[22] S. oben S. 606.

[1] Gruchot Beiträge III S. 198, Immerwahr Die Kündigung (1898)

schränkt letzteren Ausdruck auf die Auflösungserklärung des Mandatars, während es die des Mandanten als „Widerruf" bezeichnet. Das hat nur terminologische Bedeutung.[2] Die eine wie die andere ist „einseitige Endbestimmung" der Vertragszeit, nicht etwa Rückgängigmachung des Vertrages, der vielmehr besteht und seine Wirkungen so lange äußert, bis die Kündigung dem durch ihn begründeten Verhältnisse (für die Zukunft) ein Ende macht.[3] Und eben deshalb ist die Kündigung — eine Willenserklärung als rechtsaufhebende Tatsache — etwas ganz Anderes als Nichterfüllung des Vertrages.[3a] Demgemäß kommt in Betracht

7. der **Widerruf**, d. i. die Erklärung des Auftraggebers, daß der Bevollmächtigungsvertrag aufgelöst sei. Er steht ihm jederzeit „nach Belieben" frei: § 1020 — ohne Unterschied zwischen unentgeltlichem und entgeltlichem Mandat, arg. § 1020, der dem Beauftragten immer nur den Anspruch auf den bereits verdienten Teil des bedungenen Lohnes vorbehält.[4]

Das Recht des beliebigen Widerrufs erscheint formell als Anomalie, u. zw. auch im Falle der Unentgeltlichkeit, schon nach der Seite des „Auftrags", der Verpflichtung des Mandatars, weil regelmäßig auch der Verzicht auf einseitige Ansprüche der Annahme durch den Verpflichteten bedarf[5] — und ebenso nach der Seite der „Ermäch-

---

S. 1, Thiele „Die Kündigung, insbesondere beim Darlehen" Arch. für die ziv. Praxis LXXXIX (1899) S. 89, Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 561.

[2] Vgl. Kipp-Windscheid II S. 500: „Widerrufserklärungen, welche, da sie nur für die Folgezeit ein Verhältnis beendigen, ebensogut Kündigung heißen könnten" (Bedenken dagegen, aber doch wohl ohne Grund, bei Thiele a. a. O. S. 88). Die terminologische Unterscheidung zwischen Widerruf und Kündigung hat beim Auftrag auch das deutsche BGB. § 671 beibehalten (vgl. D. Mot. II S. 544). Den begrifflichen Unterschied zwischen beiden, den Immerwahr a. a. O. S. 168 f. behauptet, vermag ich nicht zu finden. Von mehr als terminologischem Belange aber ist die — hier nicht weiter zu erörternde — Frage, ob die „Kündigung" als Auflösung eines Obligationsverhältnisses und die ebenfalls so benannte (z. B. § 609 BGB. oder § 153 EO.) „Kündigung" als Bedingung der Fälligkeit einzelner Ansprüche (vgl. oben I S. 102 f.) wirklich Elemente eines einheitlichen Begriffes sind, wie Immerwahr a. a. O. S. 3 (S. 23 f.) will und auch Thiele a. a. O. voraussetzt.

[3] Vgl. Immerwahr a. a. O. S. 2, Thiele a. a. O. S. 88 f., Schuster S. 113. Kündigung solange noch res integra (s. unten S. 682) kommt allerdings praktisch auf dasselbe hinaus wie Rückgängigmachung des Vertrages. S. übrigens die Bemerkung oben § 89 N. 6 a. E.

[3a] Auf der Verwechslung beider basieren die Einwendungen von Gesterding „Über die Widerruflichkeit des Auftrages", Ztschr. für Zivil- und Prozeß XV S. 1 ff.

[4] Vgl. Zeiller III S. 301.

[5] Vgl. Zeiller III S. 300, der mit Recht auf die Verwandtschaft mit dem Falle des § 962 (s. oben S. 317) verweist, aber mit Unrecht auf die Unentgeltlichkeit, die ja weder für das

tigung" des Beauftragten zu der Geschäftsführung, weil sonst einmal eingeräumte Befugnisse nicht einseitig zurückgenommen werden können. Die Rechtfertigung konnte man für das mandatum gratuitum des römischen Rechts, aus welchem die Kodifikationen unserer Zeit den Satz übernommen haben,[6] vielleicht in dessen Natur als Freundesgeschäft suchen;[7] für das nicht mehr wesentlich unentgeltliche Mandat des heutigen Rechts reicht dies jedenfalls nicht aus. Aber auch die verwandte Wendung, wonach die Widerruflichkeit sich aus der Natur des Mandats als Vertrauensverhältnis[8] ergibt, bedarf, soll sie nicht nur die freie Widerruflichkeit des erteilten „Auftrags" erklären, sondern auch die der gewährten „Ermächtigung", noch tieferer Begründung.[9] Und in der Tat ist eine solche, wenigstens für das österreichische Recht, gerade in diesem Punkte zu finden. An sich kann eine „Ermächtigung" auch bindend für den Machtgeber sein. Mit dem Mandate aber — im Sinne des ABGB. — ist eine Ermächtigung zur „Geschäftsbesorgung" gegeben, d. i. die Macht, als juristisches Organ des Auftraggebers[10] in und für dessen Rechtssphäre aufzutreten. Wäre dieser nun durch den Vertrag unwiderruflich dem Willen des von ihm bestellten Organs unterworfen, so wäre das eine Freiheitsbeschränkung, die das Recht nicht sanktionieren kann; deshalb muß die „Ermächtigung", soweit sie auf „Auftrag", d. i. freier Bestellung zur geschäftlichen Vertretung beruht, auch frei widerruflich sein.[11] Und

---

Mandat noch das Depositum des österreichischen Rechts wesentlich ist.

[6] Vgl. Gesterding a. a. O. S. 21, auch Dernburg Bürgl. Recht II 2 S. 375: „Der heutige Auftrag ist nicht so hinfällig, wie das römische Mandat. Aber der Grundgedanke wirkt fort".

[7] Pernice Labeo I S. 450 f. Ebenso wird das „officium" für das französische Recht als Hauptmotiv berufen, s. Troplong Nr. 707; aber der Hinweis auf den Satz der L. 69 D. de R. J. — „invito beneficium non datur" — fehlt auch nicht im Entw. Martinis III 4 § 19 („Eine Wohltat darf niemandem gegen seinen Willen aufgedrungen werden; darum steht dem Machtgeber frei, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen"), siehe auch Zeiller a. a. O. oben N. 5 und vgl. unten S. 691.

[8] Siehe nur Glück XV S. 331 f. (wörtlich ebenso Buchner S. 128), auch Troplong l. c. oder Grünhut S. 368 f.

[9] Daß der „Hinweis auf die Freundschaftsgesinnung und das wechselseitige Vertrauen" zur Erklärung der Widerruflichkeit nicht ausreicht, hat Dniestrzanski S. 159 f. richtig erkannt, aber daß man deshalb zu einer überdies problematischen) historischen Erklärung seine Zuflucht nehmen müsse, ist doch nicht zuzugeben.

[10] S. oben § 64.

[11] Treffend Schloßmann Die Lehre von der Stellvertretung II S. 586 f.; auch Slg. 1176 begründet die Zulässigkeit des Widerrufs mit „der unveräußerlichen persönlichen Freiheit". Vgl. noch unten c). — Wo allerdings die Ermächtigung zur Vertretung aus einer anderen causa fließt, ist dieselbe nicht notwendig frei widerruflich (vgl. schon oben § 61 N. 56), so z. B. die Geschäftsführungsbefugnis des Gesell-

daß in diesem Belange zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Bevollmächtigungsvertrage kein Unterschied besteht, ist einleuchtend.

a) Die Wirkung des Widerrufes ist, wie bereits angedeutet, „Auflösung" des Auftragsverhältnisses pro futuro, Endigung des Kausalverhältnisses, aus dem nun keine weiteren Ansprüche zwischen den beiden Parteien mehr entstehen können,[12] während bereits entstandene unberührt bleiben. Das gilt im Zweifel von der „Ermächtigung" wie von dem „Auftrag" zur Geschäftsführung; sie erlöschen, jedoch alle schon entstandenen auf ersterer fußenden Ansprüche der actio contraria dauern ebenso fort, wie die auf letzterem beruhenden der actio directa. Nicht minder aber erlischt in dubio die „Vollmacht";[13] genauer: In dem Widerruf des Auftrags liegt auch die Erklärung der Zurücknahme der lediglich als Mittel der Ausführung desselben gegebenen, wenngleich formell vielleicht weiter reichenden, Vollmacht; nur wirkt der „Widerruf" in dieser Richtung erst, wenn er dem Dritten bekannt geworden ist, während er das Auftragsverhältnis schon durch die Bekanntgabe an den Machthaber löst (§ 1026).[13a]

Erfolgt der Widerruf „re adhuc integra", d. h. bevor noch von Seite des Beauftragten zur Ausführung des Auftrags etwas getan ist — oder zu tun gewesen wäre[14] —, bevor also noch irgend welche Ansprüche aus der Geschäftsführung für den Einen oder Anderen entstanden sein können, so ist es dem Gesagten zufolge in der Tat so, als wäre der Bevollmächtigungsvertrag nie geschlossen worden. Mit Recht heißt es in diesem Falle: „mandatum evanescit" (§ 9 I. mand. 3, 26).[15]

Ist nicht mehr „res integra" in dem angegebenen Sinne,[16] so steht gleichwohl der Widerruf im „Belieben" des Mandanten[17] und

schafters, s. Schloßmann a. a. O. S. 594 f., Troplong Nr. 718, Slg. 5276 (kaum richtig dagegen Mitteis Lehre von der Stellvertretung S. 203 N. 255); s. auch § 16 Ges. v. 6. März 1906 über Gesellschaften m. b. H.

[12] Weder für den Widerrufenden noch für dessen Gegner; die Kündigung ist ein einseitiger Akt, aber dessen Wirkung eine gemeinsame, Immerwahr a. a. O. S. 92, Lotmar a. a. O. S. 636.

[13] Anders natürlich bei Formalvollmacht, wie z. B. der Prozeßvollmacht, s. § 36 ZPO.

[13a] Über die Ausnahme rücksichtlich des Stellvertreters bei der Eheschließung (§ 76) siehe Rittner Österr. Eherecht S. 236.

[14] Vgl. § 1021 und dazu unten N. 58.

[15] Vgl. Troplong N. 708, Grünhut S. 371.

[16] Ist der Auftrag bereits vollkommen ausgeführt, so ist Widerruf (oder Kündigung) schon deshalb ausgeschlossen, weil dann das Obligationsverhältnis eben durch Vollendung der Geschäftsführung (oben zu 1) zu bestehen aufgehört hat; — vgl. noch unten N. 19.

[17] Daß der Widerruf auch nicht ausgeschlossen ist, wenn nicht mehr res

bewirkt die Aufhebung des Auftragsverhältnisses, jedoch ohne den Bestand bereits begründeter konkreter Ansprüche des Mandatars zu berühren.[18] Daher nach § 1020 die Verpflichtung des Mandanten, dem Beauftragten allen „in der Zwischenzeit", d. i. bis zu dem ihm bekannt gegebenen Widerruf, zweckentsprechend (§ 1014) gemachten Aufwand,[19] sowie allen ihm durch die Geschäftsführung bis zu diesem Zeitpunkte zugegangenen Schaden zu ersetzen;[20] daher im Falle entgeltlichen Auftrags der Anspruch des Mandatars auf „einen der Bemühung angemessenen Teil der Belohnung" (§ 1020), d. i. den in jener „Zwischenzeit" bereits verdienten Teil seines Lohnes.[21]

Die volle Wirkung des Widerrufes tritt jedoch nicht immer sofort ein; seiner Treuepflicht gemäß darf der Mandatar selbst im Falle des Widerrufes die Geschäfte des Auftraggebers nicht rücksichtslos im Stiche lassen, vielmehr bleibt er noch verpflichtet, dringende Geschäfte so lange fortzuführen,[22] bis der Machtgeber diesbezüglich

integra — worin die ältere Pandektenjurisprudenz gewisse, doch wohl auch für das römische Recht unbegründete Schwierigkeiten fand (s. Glück XV S. 354 f., Treitschke Kommissionshandel S. 52 f., Grünhut S. 369 N. 2, Mann S. 13 ff.) —, ist für das Recht des ABGB. nicht zu bezweifeln und ergibt sich, wenn es überhaupt noch eines Beweises bedürfte, aus dem Schlußsatze des § 1020, wo offenbar auch an den Fall einer schon begonnenen Geschäftsführung gedacht ist. Ebenso nach preußischem Rechte (vgl. Förster-Eccius II S. 385) und nach dem Rechte des deutschen BGB. § 671 Abs. 1; vgl. Dernburg Bürgl. Recht II 2 S. 375 ff.

[18] Grünhut S. 371 ff.

[19] Vgl. Adler-Clemens VII 1190. — Dazu gehört auch die Übernahme der von dem Mandatar etwa Dritten gegenüber schon eingegangenen Verbindlichkeiten, vgl. oben S. 649; warum in solchem Falle der Widerruf schlechthin unzulässig sein sollte, wie es bei Krainz II S. 283 heißt, ist nicht einzusehen, es wäre denn, daß durch dies Kontrahieren (des Kommissionärs) mit einem Dritten der Auftrag als bereits vollkommen vollzogen erschiene (vgl. oben N. 16).

[20] Den „in der Zwischenzeit" durch die Geschäftsführung (§ 1014), nicht aber den durch den Widerruf erlittenen Schaden (über den Unterschied s. Lotmar a. a. O. S. 646 f.); so richtig Nippel VII S. 106 f., Winiwarter IV S. 229, während Zeiller III S. 301 auch „den aus einem unzeitigen Widerrufe erlittenen Schaden" ersetzt wissen will (ebenso Schuster S. 113), wobei der Unterschied der Textierung des Gesetzes bezüglich des Rücktrittes des Mandanten (§ 1020) und des Mandatars (§ 1021: „allen daraus entstandenen Schaden", s. unten S. 692) übersehen ist. So wie § 1020 war auch PrLR. I 13 § 163 zu verstehen, vgl. Förster-Eccius II S. 377 (anders Koch Recht d. Forderungen III S. 574?).

[21] Vgl. oben S. 665 f. und betreffend den Provisionsanspruch des Kommissionärs Grünhut S. 375.

[22] Der Code civ. Art. 1991 und das deutsche BGB. (§§ 672 und 673), ebenso Art. 403 (im Entwurf 1459) schweiz. Obl. R. statuieren ähnliche Verpflichtungen nur für den Fall der Auflösung des Mandatsverhältnisses durch den Tod. Auch § 36 Abs. 2 ZPO. gilt nur für den Fall der Kündigung, nicht des Widerrufs (vgl. § 11 Abs. 3 AO.). Der ungar. Entwurf § 1676 folgt unserem § 1025.

andere Verfügungen getroffen hat oder doch bei entsprechender Sorgfalt seinerseits „füglich treffen konnte“: § 1025. Bleibt somit seine Gestionspflicht, wenn auch in beschränkterem Maße, bestehen, so können aus derselben insolange auch noch weitere Ansprüche für den Einen wie den Anderen entspringen; insolange kann man daher noch nicht von einem Erloschensein des Auftragsverhältnisses sprechen.[23]

Führt hingegen der Mandatar nach erfolgtem Widerruf die Geschäftsbesorgung fort ohne die durch § 1025 angedeutete Nötigung, oder länger als diese besteht, so kann er von da ab nur mehr als „Geschäftsführer ohne Auftrag“, u. zw. als unberufener negotiorum gestor im Sinne des § 1040 gelten.[24]

b) Die Form des Widerrufs ist gesetzlich frei.[25] Jede wie immer gefaßte ausdrückliche Erklärung der Zurücknahme des Auftrages genügt, aber auch jede „stillschweigende“ Willensäußerung, „welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln übrig läßt“ (§ 863), daß der Mandant das Auftragsverhältnis hiemit beendigt wissen will.[26] So darf in aller Regel die Erklärung, mit welcher die „Vollmacht“ entzogen wird — die ihrerseits vielleicht wieder „stillschweigend“ in der Abforderung der Vollmachtsurkunde zum Ausdrucke gelangt[27] — als indirekte Erklärung auch des Widerrufs des Auftrages gelten.[28] So kann es als stillschweigender Widerruf des Auftrages zu betrachten sein, wenn der Mandant das vom Mandatar übernommene spezielle Geschäft selbst zu besorgen unternimmt, nach Umständen auch, wenn er später den identischen Auftrag einem Anderen erteilt.[29]

Wenn dagegen die ältere Theorie auch den durch veränderte Umstände herbeigeführten Wegfall des Interesses des Machtgebers an der Vollziehung des Auftrages unter dem Gesichtspunkte „still-

[23] Passender Weise auch nicht von einer Nachwirkung des aufgehobenen Vertrags (wie Winiwarter IV § 152); vgl. darüber noch unten § 92 N. 25.

[24] Von da ab handelt er auf eigene Rechnung und Gefahr, Grünhut S. 371.

[25] Gerichtliche Kündigung in unserer Gesetzgebung nicht (wie PrLR. I 13 § 179) ausdrücklich als zulässig erklärt, aber doch wohl nicht ausgeschlossen, vgl. Slg. 12252 (A. M. Krainz II § 344 N. 50?); Kündigung durch den Notar nach §§ 83 ff. NO. jedenfalls zulässig.

[26] So die Anstellung der Klage (auf Rückstellung der gegebenen Vorschüsse), Slg. 13033 (vgl. auch Slg. 1443), Grünhut S. 370 N. 5.

[27] „Abholen des zur Arbeit erforderlichen Werkzeugs“, Lotmar a. a. O. I S. 564.

[28] Nicht ausnahmslos; es kann auch die „Vollmacht“ ohne den „Auftrag“ zurückgenommen werden (vgl. oben § 61), indem letzterer zu einem „geheimen“ umgestaltet wird.

[29] S. oben § 82 N. 18.

schweigenden Widerrufs" als Erlöschungsgrund des Mandates anführt,[30] so ist das nicht richtig gedacht: denn so lange der Wegfall dieses Interesses den Mandanten seinerseits nicht zu irgend einem „Wort oder Werk" bestimmt hat, liegt eben gar keine Erklärung vor, weder ausdrückliche noch stillschweigende, somit überhaupt kein Widerruf.[31] Einen Schein von Berechtigung erhält jene Fiktion nur durch Folgendes. Auch wo der „Wegfall des Interesses" des Auftraggebers nicht geradezu Unmöglichkeit der Ausführung des Auftrags bedeutet, kann es und wird es häufig sich ergeben, daß der Mandatar, wenn und weil er von dem „Wegfall des Interesses" Kenntnis hat, als Vertrauensmann seines Auftraggebers nicht bloß berechtigt, sondern verpflichtet erscheint, die Ausführung zu unterlassen, um jenen vor dem Nachteile für ihn wertloser Aufwendungen zu bewahren;[32] dann ist das Auftragsverhältnis tatsächlich erloschen — durch Konsumtion, den Aufhebungsgrund oben zu 1.

In allen Fällen nun aber, mag er ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, ist der Widerruf des Mandanten zwar eine einseitige keiner Annahme bedürftige,[33] wohl aber eine „empfangsbedürftige" Willenserklärung.[34] Sie soll den Mandatar von der Pflicht entbinden, ihm aber auch die Ermächtigung nehmen, weiter in die Geschäfte des Auftraggebers für dessen Rechnung und auf dessen Gefahr einzugreifen; was er hinfort noch tut, geht auf seine Kosten und Gefahr — und deshalb muß die Erklärung auch zu seiner Kenntnis gelangt sein, die „ausdrückliche" Erklärung von ihm „vernommen", nicht

[30] In einem gewissen Zusammenhang mit der Lehre von der clausula rebus sic stantibus, siehe Glück XV S. 355 f., Dankwardt S. 103.

[31] Daß dem „Wegfall des Interesse" an sich nicht die unmittelbare Wirkung der Aufhebung der Obligation beigelegt werden könne, s. Windscheid II § 361 N. 3. — Dann freilich, aber nur dann, wenn man die Umstände, welche diesen „Wegfall" des Interesses des Mandanten im Gefolge haben, so geartet denkt, daß damit die Ausführung des Auftrages unmöglich geworden erscheint, erlischt das Mandat, aber nicht durch Widerruf, sondern eben durch Vereitlung (oben zu 2).

[32] S. oben S. 553, vgl. Sintenis II S. 578 N. 62. Wenngleich man nun auch von diesem Standpunkte dazu gelangt, das Auftragsverhältnis dem Erfolge nach als gelöst zu betrachten, so bleibt die Verschiedenheit des Ausgangspunkts doch auch praktisch bedeutsam, weil hiernach nicht die objektive Tatsache des „Wegfalls des Interesses" des Mandanten entscheidend ist, sondern die Beurteilung, die der Mandatar (bei voller Diligenz) der Sachlage zuteil werden lassen kann und muß, vgl. oben S. 550 ff.

[33] Vgl. Thiele a. a. O. S. 142 f., Gruchot III S. 198 über, bezw. gegen die Behauptung einer Annahmepflicht bezüglich der Kündigung.

[34] Zitelmann Die Rechtsgeschäfte im Entw. I S. 22, Lotmar a. a. O. S. 564, Schuster S. 113, aber auch schon Cod. Ther. III 15 Nr. 93.

minder aber die als „stillschweigender" Widerruf anzusehende Tatsache von ihm erfahren sein.[35] Nur dann, wenn es seinem eigenen Verschulden zuzuschreiben ist, daß er von der einen oder der anderen keine Kenntnis genommen hat, muß das Auftragsverhältnis zu seinen Lasten gleichwohl als aufgehoben gelten (arg. § 1026).[36]

Soweit mit dem Widerruf des Auftrags ausdrücklich oder stillschweigend verbunden auch Widerruf der Vollmacht Hand in Hand geht (oben S. 675), ist die Erklärung in dem angegebenen Sinne empfangsbedürftig gegenüber dem Dritten; sie entzieht dem Mandatar die Vertretungsmacht nach außen erst dann, wenn sie zur Kenntnis des Dritten gelangt, oder nur durch sein Verschulden nicht gelangt ist (§ 1026).[37]

c) Kann auf das gesetzliche Recht des Widerrufes im Vertrage verzichtet werden; kann es einen unwiderruflichen Bevollmächtigungsvertrag geben? Die Frage gilt nicht bloß der Vereinbarung des völligen Ausschlusses des Widerrufes, sondern auch der Vertragsbestimmung — denn das bedeutet teilweisen Verzicht auf die Befugnis freien Widerrufs —, daß der Widerruf erst nach einer gewissen Zeit zulässig sein, somit eine unabänderliche „Vertragszeit" gelten solle, oder daß der Auftrag nur unter einer bestimmten Kündigungsfrist widerrufen werden könne,[38] oder endlich nur aus bestimmten Gründen. Daß jede derartige Vereinbarung, wenn sie überhaupt zulässig ist, nicht bloß in einer ausdrücklichen Vertragsklausel, sondern auch „stillschweigend" durch Inhalt und Zweck des Vertrages ausgedrückt sein kann, bedarf bei der gesetzlichen Formfreiheit des Verhältnisses keiner weiteren Ausführung.

---

[35] Sehr gut so bereits Nippel VII S. 105; für einen speziellen Fall stillschweigenden Widerrufs ausdrücklich so Code civ. Art. 2006, vgl. Troplong Nr. 711. Unrichtig Mann S. 18.

[36] Der Standpunkt des Gesetzes (§ 1026) führt hier zu einem anderen Ergebnisse als die sog. „Empfangstheorie" bezüglich der Vertragsofferte; ich kann daher Hupka S. 415 f. nicht zustimmen, welcher meint, daß das bloße Eingelangtsein des Widerrufs, bezw. dessen Erkennbarkeit für den Adressaten genügen müsse (für das deutsche BGB. scheint allerdings § 130 Abs. 1 zu dieser Auffassung zu führen, s. Schollmeyer S. 126). Noch weniger glücklich freilich ist die Formel bei Immerwahr a. a. O. S. 82 f.: Die Kündigung sei rechtswirksam, „wenn der Gegner tatsächlich oder zufolge rechtlicher Vermutung Kenntnis davon erlangt hat".

[37] Wie für die Vollmachtserteilung ist auch für den Vollmachtswiderruf „die wahre und eigentliche Adresse der beteiligte Dritte" (Lenel Jahrb. f. d. Dogm. XXXVI S. 29 f., dagegen aber Hupka S. 413 f., vgl. auch Gesterding Alte und neue Irrtümer S. 210 ff.); für das österreichische Recht siehe nur Zeiller III S. 308 (vgl. oben § 61 N. 52 und S. 675), für das PrLR. I 13 § 167.

[38] Vgl. Lotmar a. a. O. I S. 522 f.

Die Frage der Zulässigkeit selbst anlangend, ist aber eine Gestaltung sofort auszuscheiden, nämlich — im Gegensatze zum entgeltlichen Bevollmächtigungsvertrage — der mit „Bevollmächtigung" verbundene Lohnvertrag (oben § 69 Z. 6). Wenngleich da in einzelnen Beziehungen gemäß § 1159 Mandatsnormen in Betracht kommen, ist doch für das Verhältnis als Ganzes die Vertragskausa des Lohnvertrages maßgebend. Das Vertragsverhältnis als solches kann daher zweifellos, nach § 1160, für eine bestimmte Dauer oder eine bestimmte Kündigungsfrist bindend sein. Besteht eine solche Vereinbarung, so kann also dem „Bestellten" (vorbehaltlich besonderer „rechtmäßiger Gründe") nicht nur der Lohnanspruch, sondern auch seine „Stellung" als Bediensteter überhaupt in dieser Zeit durch keinen „Widerruf" des Arbeitgebers genommen werden, was Letzteren allerdings nicht hindert, die tatsächliche Dienstleistung des Beauftragten zurückzuweisen.[39]

Im Folgenden ist daher nur vom wahren Bevollmächtigungsvertrage, d. i. dem durch die causa der „Geschäftsbesorgung" charakterisierten Verhältnisse die Rede. Für diesen aber ist Klarheit zu gewinnen wieder nur durch die Sonderung der drei in dem „Bevollmächtigungsvertrage" des Gesetzbuches zusammenfließenden Elemente: Auftrag, Ermächtigung, Vollmacht.

Nach der Seite des „Auftrags" kann die Frage der Unwiderruflichkeit füglich gar nicht gestellt werden; denn ein Verzicht auf den Widerruf in dieser Richtung, ein Verzicht also, der nur bedeutete, daß der Mandant sich des Rechts begebe, den Beauftragten von der Pflicht zur Besorgung seines Geschäftes zu entbinden, wäre sinnlos.[40]

Die Frage kann vernünftigerweise, soweit das interne Verhältnis zwischen Mandanten und Mandatar in Betracht kommt, nur der mit der Verpflichtung des Beauftragten notwendig gegebenen „Ermächtigung" desselben zur Einmengung in die Geschäfte des Auftraggebers gelten. Daß die Unwiderruflichkeit hier begrifflich undenkbar wäre, läßt sich nicht behaupten; und wo die Ermächtigung in den Dienst eines so gearteten Zweckes gestellt ist (z. B. einer Zuwendung an den Ermächtigten), liegt ihre Unwiderruflichkeit in der Natur der

[39] Vgl. oben § 69 N. 29; Schloßmann a. a. O. II S. 590 N. 1. — Die Widerruflichkeit der Vollmacht (nach außen) kann auch durch den Lohnanspruch nicht berührt werden: in diesem Punkt mit Recht Schloßmann a. a. O. S. 591 N. 2. gegen Hupka S. 400.

[40] Tuhr Actio de in rem verso S. 102 f., Zitelmann a. a. O. II S. 88 N. 198.

Sache.[41] Allein, wo diese Ermächtigung nichts ist als die Kehrseite des Auftrags, gleich diesem also von der causa der Geschäftsbesorgung für den Auftraggeber beherrscht, wäre der Vertrag, durch welchen er sich dem Beauftragten gegenüber bindet, nichts anderes als eine Unterordnung unter das von ihm bestellte Organ der eigenen Interessen, eine Selbstentmündigung,[42] wie sie das Recht nicht anerkennen kann und darf.[43] Mag sein, daß der Mandatar seinerseits ein Interesse hat, diese Stellung zu bekleiden, ein ideales oder — falls er eine Entlohnung bezieht — materielles: aber das gerade ist der leitende Gedanke des Gesetzes bei der Normierung des Bevollmächtigungsvertrages, daß das allein maßgebende Interesse das des Machtgebers bleibt und hinter diesem jedes Interesse des Beauftragten zurückzutreten hat.[44] Deshalb ist vertragsmäßiger Verzicht auf das Recht des Widerrufs des Auftrags wirkungslos.

Ähnlich, aber doch nicht ganz so, steht es mit der nach außen wirksamen „Vollmacht". Zunächst gilt das von der „Ermächtigung" Gesagte allerdings auch hier. Die Vollmacht, insoweit sie lediglich dem Zweck einer Geschäftsbesorgung für den Machtgeber dient, ein

[41] Das wird kaum mehr verkannt seit Jhering Jahrb. II S. 131 f., Bähr Krit. Vierteljahrschr. XXX S. 341 und Strohal Jahrb. f. d. Dogm. XXVII S. 438 f. und XXX S. 187. Der richtige Gedanke findet sich aber schon im Entw. Horten III 16 § 40 und bei Zeiller III S. 301 (bezw. 270); vgl. auch als Beispiele oben § 69 Z. 7 und § 10 N. 26 oder den Fall Slg. 1312.

[42] Dies Argument (vgl. Protokolle der zweiten Lesung des deutschen Entwurfs II S. 370) findet sich schon bei Rippel VII S. 104; dagegen ohne Begründung Schollmeyer S. 124 f., zum Teil auch Hupka S. 392 ff., vgl. unten N. 45 und den Fall Slg. 6992.

[43] Der Satz von der Widerruflichkeit des Auftrags ist jus cogens, s. Ehrlich Das zwingende und nichtzwingende Recht S. 81 und 89, Schloßmann a. a. O. II S. 599 f., so ausdrücklich sächs. GB. § 1321. — Auch für den der Partei beigegebenen Armenvertreter gilt nichts anderes, vgl. oben S. 521 und Schott Das Armenrecht S. 110 f. — wohl aber für den Testamentsvollstrecker, dessen Auftrag (§ 816) auf Verfügung des Erblassers beruht und für die Erben unwiderruflich ist, vgl. Unger Erbrecht S. 123 N. 7, Slg. 6367 und 2965, Immerwahr a. a. O. S. 174.

[44] Im Gegensatz zu dem oben erwähnten Fall des mit Vollmacht verbundenen Lohnvertrags. „Im Wesen des Auftrags liegt es, daß der Auftraggeber Herr des Geschäftes bleibt": Kohler Lehrb. des bürgl. Rechts II 1 S. 392 f., vgl. Dernburg Pr. R. I S. 263. Daß auch die Entgeltlichkeit des Mandats an dessen unbedingter Widerruflichkeit nichts ändert — gibt doch § 1020 im Falle des Widerrufs dem Machthaber Anspruch nur auf den bereits verdienten Lohn (s. oben S. 683) — ist für das österreichische Recht längst anerkannt, s. schon Cod. Ther. III 15 Nr. 96, Entw. Horten III 16 § 40, Ellinger zu § 1020, Stubenrauch II S. 244, die abweichende Lehre bei Zeiller III S. 300 f. und Winiwarter IV S. 229 ist im Widerspruch mit dem Wortlaute des § 1020. Ebenso aber für das PrLR. Dernburg Pr. R. II S. 528.

Werkzeug zu deren Ausführung, kann ebensowenig unwiderruflich sein wie der Auftrag selbst;[45] dient sie jedoch einem Kausalverhältnis zwischen Machtgeber und Machthaber, welches nicht wie das Auftragsverhältnis seine Richtung ausschließlich durch das Interesse des Ersteren erhält, sondern durch einen anderen (auch) dem Interesse des Letzteren entsprungenen Vertragszweck, so kann der Machtgeber auch durch die Erteilung der Vollmacht dem Bevollmächtigten gegenüber gebunden, die Vertretungsmacht des Letzteren unwiderruflich sein.[46] Allein bei der „Vollmacht" können auch noch Interessen dritter Personen in Frage kommen. Und mit Rücksicht darauf kann unter Umständen — trotz Widerruflichkeit des Auftrags und der Ermächtigung gegenüber dem Machthaber (nach innen) — in dem Verhältnisse zwischen dem Machtgeber und dem beteiligten Dritten ein Rechtsgrund liegen, Ersteren an die einmal erteilte Vollmacht zu binden, für die Unwiderruflichkeit der Vollmacht also gegenüber dem Dritten (nach außen).[47] Wann und wie dies zutrifft, ist in der Darstellung der Lehre vom Mandat nicht weiter zu verfolgen.[48]

Nach alledem besteht der Fehler der älteren Doktrin, von dem auch das ABGB. und die meisten seiner Kommentatoren[49]

---

[45] Und aus denselben Gründen, s. oben N. 41 bis 44, vgl. die Entsch. d. RG. bei Seuffert Arch. N. F. VI Nr. 193; hier bedarf es also nicht erst, wie Hupka S. 401 f. und 406 will, besonderer Untersuchung des konkreten Falles, um festzustellen, ob etwa der Verzicht auf den Widerruf gegen die guten Sitten oder die „gesunde Vernunft" verstoße.

[46] Vgl. oben § 61 N. 56. Beispiele: Einhändigung eines Blankoakzepts (Strohal Jahrb. f. d. Dogm. XXX S. 187 f.), Bestellung zum procurator in rem suam für die Einziehung von Forderungen (D. Protok. I S. 144), der oben § 10 S. 82 f. besprochene Fall (dazu Strohal a. a. O. S. 194).

[47] Die Möglichkeit der Bindung des Machtgebers an die Vollmacht durch ein Geschäftsverhältnis gegenüber dem Dritten anerkennt Lenel a. a. O. S. 34 ff. (während die neueren Darstellungen, s. z. B. Regelsberger Pand. I S. 594 f., Kohler Bürgl. Recht I S. 443 f., darüber zumeist hinweggehen) und auch Hupka S. 396 ff., wobei es vom Standpunkte seiner Theorie von der durchaus abstrakten Natur der Vollmacht allerdings widerspruchsvoll erscheint, daß die Widerruflichkeit derselben „unter den ihre causa beherrschenden Grundsätzen" (S. 407) stehen soll; insoweit sind die Einwendungen von Schloßmann a. a. O. II S. 614 f. sachlich nicht unbegründet.

[48] Daß der Gedanke der Beschränkung wenigstens der Wirkung des Widerrufs im Interesse und zu Gunsten des Dritten dem ABGB. nicht fremd ist, zeigt § 1026, vgl. oben § 89 N. 19 und § 61 N. 21, auch § 36 Abs. 1 ZPO. Andere Beispiele — so die Ermächtigung zum Verkaufe von Objekten, um aus dem Erlöse Gläubiger des Machtgebers zu befriedigen, vgl. Slg. 16143 und RÖHG. IX S. 158 f. — bei Rehbein I S. 275, Enneccerus I S. 434. Über die Frage der Widerruflichkeit des Auftrags zu Gunsten Dritter s. oben S. 634.

[49] Daß übrigens bei Zeiller III S. 300 f. und S. 270 und seinen Nachfolgern sich Andeutungen der Unwider-

sich nicht freisprechen lassen, nicht darin, daß sie durchaus keinen unwiderruflichen „Bevollmächtigungsvertrag" in dem Sinne von unwiderruflichem „Auftrag" kennt, sondern darin, daß sie nicht beachtet, daß es sowohl „Vollmacht" wie „Ermächtigung" gibt, die nicht auf der causa der „Geschäftsbesorgung" für den Machtgeber beruht, Fälle, für welche daher die Grundsätze des Mandats keine Geltung beanspruchen können. Das sind die Fälle, wo „Vollmacht und Ermächtigung" ohne „Auftrag" oder auch wohl „Ermächtigung" ohne „Auftrag und Vollmacht" erteilt ist (oben § 61) — ob widerruflich oder unwiderruflich, hängt ganz von der ihrer Erteilung zu Grunde liegenden causa ab und läßt sich nicht allgemeingültig sagen. Das deutsche BGB. hat dies im wesentlichen zutreffend festgestellt, indem es den Auftrag (§ 671), demgemäß aber (§ 168) auch die auf Auftrag beruhende Vollmacht für unbedingt widerruflich erklärt, sonst aber für die Frage den Inhalt des „zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses" entscheiden läßt.[50]

Für das ABGB. aber, welches nun einmal mit den zum „Bevollmächtigungsvertrag" des § 1002 gegebenen Vorschriften nicht bloß das Obligationsverhältnis des Auftrags, sondern auch die Vollmacht (Ermächtigung) überhaupt zu normieren vermeint, läßt sich das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen über die im § 1020 ausgesprochene Widerruflichkeit nur dahin zusammenfassen, daß dieser § 1020, soweit er die „Vollmacht" (im Gegensatze zum Auftrag) betrifft, kein zwingendes Recht enthält.[51]

Dem Widerruf des Mandanten steht gegenüber

8. die **Aufkündigung** (Kündigung), d. i. die einseitige Erklärung des Mandatars, daß der Bevollmächtigungsvertrag aufgelöst sei. Wie jenem der Widerruf, so steht diesem die Kündigung „nach Belieben"[52] frei: § 1021.

---

ruflichkeit im Falle des „procurator in rem suam" finden, ist bereits bemerkt (oben N. 41).

[50] Daß damit auch das Verhältnis zu den beteiligten Dritten gemeint ist, s. Planck Komm. I zu § 168 N. 2.

[51] Vgl. oben S. 439 f., besonders N. 56. Mitteis a. a. O. S. 203 f. behauptet zwar „theoretisch" die ausnahmslose Unwiderruflichkeit der Vollmacht (in der Tat nur aus „theoretischen" Gründen), versucht aber „praktisch" doch zu einem anderen Ergebnis zu gelangen!

[52] Man beachte für die Gleichstellung der Voraussetzungen von Kündigung und Widerruf die Einleitung des § 1021 durch das Wörtchen „auch". Hier wie dort verschlägt daher auch Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Mandats nicht.

Daß der Beauftragte jederzeit seine „Ermächtigung" zur Geschäftsführung für den Machtgeber und wohl auch seine „Vollmacht" heimsagen kann, bedarf kaum weiterer Erklärung.[53] Allein mit der Kündigung hebt er einseitig auch den Bestand des durch den Vertrag begründeten Verpflichtungsverhältnisses auf und entzieht sich — pro futuro — der Haftung aus dem übernommenen „Auftrag". Daß ihm dies jederzeit[54] gestattet ist, kann für das heutige Recht, das auch entgeltliches Mandat kennt, gewiß nicht mit dem Hinweis auf dessen Natur als „officium atque amicitia" gerechtfertigt werden,[55] wohl aber durch den Gedanken, daß die Besorgung von Geschäften als Organ fremder Interessen Vertrauens- und Treuepflichten mit sich bringt, deren Erfüllung unter der vollen Schärfe rechtlichen Zwanges nicht bloß von dem Beauftragten schwerlich zu erwarten, sondern auch für den Auftraggeber nicht gedeihlich wäre.[56] Ist es doch im Falle einer eintretenden Interessenkollision oft der einzig sichere Ausweg

---

[53] Bezüglich der Vollmacht — welche auch in dieser Richtung hier nicht weiter zu erörtern ist — werden allerdings von Seite der Vorkämpfer ihres „abstrakten" Wesens Bedenken erhoben, s. nur Hellwig Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 119 f., Hupka S. 390 f., die sich aber doch wohl durch die praktische Erwägung erledigen, daß es noch bedenklicher wäre, den „Vollmachtgeber, der sich nach der (Kündigungs-)Erklärung des Bevollmächtigten darauf verläßt, daß dieser nicht weiter von der Vollmacht Gebrauch machen werde, trotz des Verzichts an sie zu binden": Isay S. 221.

[54] Ob noch „res integra", kommt, wie bei dem Widerruf des Mandanten, nicht für die Zulässigkeit, sondern nur für die Rechtsfolge der Kündigung, nämlich die Schadenersatzpflicht in Betracht, s. unten.

[55] Man pflegt den Widerruf des Mandanten mit dem Charakter des Vertrauensverhältnisses, die Kündigung des Mandanten mit dem des Freundschaftsdienstes zu begründen, vgl. nur Buchner S. 128 oder Mann S. 11 (auch oben N. 7 und 8), sowie für das französische Recht Guillouard p. 419 und 533. Dagegen Gesterding Ztschr. für Zivilr. und Prozeß XV S. 4 f. (s. aber doch S. 17), der ebenso wie später Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 277 f. sich dabei zu dem Paradoxon gedrängt glaubt: weil das Mandat einseitig kündbar sei, so könne es gar keine Verpflichtung zur Erfüllung erzeugen, sondern nur eine bedingte Schadenersatzpflicht; vgl. oben N. 3 a. — Über den Zusammenhang des § 1021 mit der Lehre von der Clausula rebus sic stantibus s. Pfaff in der Festschrift für Unger S. 257 f. und 335.

[56] So verstanden ist also die „Vertrauensfrage" nicht bloß für die Widerruflichkeit des Auftrages (s. die vorige Note), sondern auch für die Kündbarkeit der legislatorische Grund (letztere auch gewiß nicht bloß „zu billiger Gleichstellung beider Teile nachgelassen", wie Treitschke Kommissionshandel S. 55 sagt), vgl. Zeiller III S. 302, Kohler Bürgl. Recht II 1 S. 273, und sind die Zweifel, ob die Kündbarkeit sich mit dem „Wesen des Mandats" überhaupt vertrage — Isay S. 124, D. Mot. II S. 545 — nicht begründet; wäre dem so, so würden auch „historische" Erklärungsversuche, wie sie Immerwahr a. a. O. S. 10 ff. oder Dniestrzanski S. 159 f. (vgl. oben N. 9) bieten (siehe aber auch Wlassak Zur Geschichte der negot. gestio S. 79 N. 36) für das moderne Recht nur wenig Befriedigung gewähren.

und daher geradezu Pflicht des Mandatars, den Auftrag zurückzulegen.[57]

Das ABGB. findet nun die gerechte Vermittlung zwischen Vertragspflicht und Freiheit des Handelns auf einem auch sonst öfters von ihm gewählten Wege, indem es verfügt (§ 1021): Der Beauftragte ist unter allen Umständen befugt, das Vertragsverhältnis durch Kündigung zu lösen; ist jedoch nicht mehr „res integra" (in dem oben S. 682 angegebenen Sinne),[58] so hat er dem Auftraggeber allen durch seinen Rücktritt entstehenden Schaden zu ersetzen. Nur in dem Falle, daß „ein unvorhergesehenes und unvermeidliches Hindernis"[59] ihn zu der Kündigung nötigt — in welcher Beziehung ihn die Beweislast trifft[60] — bleibt er auch von dieser

[57] Vgl. oben S. 537, vgl. Gai. L. 27 § 2 D. h. t.: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur".

[58] Nicht anders ist § 1021 zu verstehen; die bei dessen Beratung — Ofner II S. 54 — gegebene Anregung, zwischen „mandatum speciale" und „generale" zu unterscheiden, hat im ABGB. § 1021 nur bei der Normierung der Schadenersatzpflicht Eingang gefunden, kann aber in dem ganzen Zusammenhange auch in dieser Beziehung nicht so aufgefaßt werden, als ob die Schadenersatzpflicht bei „mandatum speciale" grundsätzlich anders behandelt würde, als bei „mandatum generale", sondern nur so, daß bei ersterem — weil sich hier der Auftraggeber gewöhnlich auf die sofortige Ausführung des bestimmten Geschäftes einrichte — tatsächlich auch sofort mit der Erteilung und der Annahme des Auftrags nicht mehr „res integra" im Sinne des Textes vorzuliegen pflege.

[59] Daß in diesen Worten die Lehre von der „clausula rebus sic stantibus" (vgl. Cod. Ther. III 15 Nr. 98, Entw. Horten III 15 § 62) nachklingt, s. Pfaff a. a. O. S. 323 und 325, vgl. oben N. 55. — Solche „Hindernisse" können in erster Linie in objektiven Schwierigkeiten des aufgetragenen Geschäftes selbst liegen; machen diese jedoch die Ausführung geradezu unmöglich, so erlischt das Mandatsverhältnis ohne Kündigung schon aus diesem Grunde (oben Z. 2), vgl. Grünhut S. 382. Sie können in unvorhergesehener persönlichen „Unfähigkeit" zur Ausführung liegen (im WgalGB. III § 121 noch besonders hervorgehoben); ob dazu auch dem Mandatar drohender Schaden gehört, wird von Grünhut S. 381 f. bezweifelt, für den Kommissionär des Handelsrechts vielleicht mit Recht, während für das bürgerliche Recht wohl nur der Vorbehalt zu machen ist, daß der drohende Nachteil des Mandatars nicht bloß „unvorhergesehen und unvermeidlich", sondern auch — mit Rücksicht auf seine Treuepflicht, s. oben § 76 — ein beträchtlicher („préjudice considérable", wie es im Code Art. 2007 heißt) sein muß (der Hinweis auf § 1015 bei Grünhut S. 381 N. 27 ist nicht zutreffend). Auch vertragswidriges Verhalten des Mandanten endlich kann unter Umständen als solche justa causa für den Mandatar gelten, namentlich beispielsweise unvorhergesehene Unfähigkeit des Mandanten, seiner Deckungspflicht zu genügen, arg. § 1014 (Vorschußpflicht) trotz der bekannten Regel des § 919, vgl. dazu oben S. 650 und Pfaff a. a. O. S. 257 f., Stammler S. 93, Troplong Nr. 802; auch die „ausgebrochene Feindschaft" (Cod. Ther. III 15 Nr. 98, L. 23 D. h. t.) endlich kann unter diesem Gesichtspunkt in Betracht kommen.

[60] Nicht nach der Regel des § 1298, denn es handelt sich nicht um Exkul-

gesetzlichen Ersatzpflicht frei.[61] Mit anderen Worten, der Rücktritt ist niemals Vertragsbruch, sondern immer das gute Recht des Mandatars — aber ein Recht, das er nur auf eigene Gefahr ausüben kann,[62] es wäre denn, daß er durch Zufälle besonderer Art[63] zu dessen Ausübung veranlaßt ist. Die Schadenersatzleistung nach § 1021 ist also nicht Kulpahaftung, sondern Erfolghaftung, u. zw., um sie nach den Kategorien des 30. Hauptstückes des ABGB. zu bezeichnen, eine, allerdings eigentümlich abgegrenzte, Ersatzpflicht „aus dem Gebrauche des Rechtes" (§ 1305).[64] Der praktische Unterschied dieser Normierung im Gegensatz zu solchen Gesetzgebungen, welche die Kündigung überhaupt nur aus besonderen Gründen gestatten,[65] liegt

pierung des Mandatars wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtung (vgl. unten N. 64), wie Grünhut S. 380 voraussetzt, sondern nach der in § 1021 positiv aufgestellten Beweisregel, die im WgalGB. III § 121 noch schärferen Ausdruck gefunden hatte.

[61] Doch kann gerade auch in solchen Fällen der Mandatar nach allgemeiner Regel wegen kulposer Verletzung seiner Diligenz- und Treuepflicht (s. oben § 90 N. 8) haftbar werden, wenn er nach erlangter Kenntnis von dem „unvorhergesehenen" Hindernis dem Mandanten nicht unverzüglich die Kündigung mitteilt; vgl. Grünhut S. 379.

[62] Wenn einer „jener nach tausend Fällen auch tausendfältig möglichen Zufälle Schaden verursacht", so hat der Mandatar „die Folgen seiner Handlungen" (der Kündigung) zu tragen: Ofner II S. 54. Gesterding a. a. O. S. 14 f. und 22 fehlt noch das Verständnis für diesen Gesichtspunkt.

[63] Daß mit den „unvermeidlichen" Hindernissen (mag das Wort auch wirklich nur durch ein Versehen im § 1021 stehen geblieben sein, wie Pfaff Zur Lehre vom Schadenersatz S. 45 f. N. 133 mitteilt) nicht jeder casus, sondern nur schwerer qualifizierte Zufälle gemeint waren, geht doch wohl auch aus den Beratungen über diese Gesetzesstelle (siehe die in der vorigen Note angeführte Stelle der Protokolle) hervor. Der Versuchung, dies in Erinnerung an den „unabwendbaren" Zufall durch den (überhaupt nicht sehr aufklärend wirkenden: s. Schey Gutachten für den XXII. deutschen Juristentag S. 41 ff.) Terminus „vis major" zu bezeichnen, widerstehe ich schon deshalb, weil es im Falle des § 1021 jedenfalls nicht auf irgend eine objektive Qualifikation des betreffenden Hindernisses ankommen kann, sondern nur darauf, ob dasselbe für die Person des Mandatars nach der von ihm zu erwartenden Diligenz vorhersehbar und abwendbar war oder nicht.

[64] Vgl. Pfaff a. a. O. S. 45 N. 133 und oben § 86 N. 2. Die Begründung der Ersatzpflicht des Mandatars mit der „Unzeitigkeit" seiner Kündigung bei Scheidlein § 1021, Kirchstetter S. 527 u. A. entspricht dem Gedanken des § 1021 ebensowenig, wie die Behauptung, daß § 1021 lediglich in negativer Form die Haftung für culpa ausdrücke, bei Schoberlechner Der Zufall S. 118 f. und 137 (aber selbst Grünhut S. 379 ff. scheint § 1021 so zu verstehen).

[65] So nach der herrschenden Auffassung das römische Recht (L. 12 § 11 D. h. t.), vgl. Glück XV S. 361 ff., Brinz II S. 780, Windscheid II § 411 (etwas anders Mann S. 14 f.), so noch Cod. Ther. III 15 Nr. 97 f., vgl. Nr. 91; dagegen stehen auf dem Standpunkte des Textes das PrLR. I 13 §§ 159 und 172 (vgl. Dernburg Pr. R. II S. 528 f.), der Code civ. Art. 2007 (cf. Troplong Nr. 797), das sächs. GB. § 1322, das Schweiz. Obl. R. Art. 402 (Entw. 1458), der ungar. Entw. § 1673 (vgl. die Motive dazu, IV S. 433: die Schadenersatzpflicht ein „Korrektiv" des unbedingten Kündigungsrechtes), endlich nach

darin, daß der Mandatar nach § 1021 auch in Ermanglung solcher Gründe zwar zum Schadenersatz, nicht aber zur Vertragserfüllung durch Fortsetzung der Geschäftsführung verhalten werden kann.[66]

In letzterer Beziehung gilt nur derselbe Vorbehalt wie im Falle des Widerrufes: Das Auftragsverhältnis bleibt gegebenen Falles nach erfolgter Kündigung mit der zeitlich und sachlich beschränkten Wirkung noch bestehen, daß unaufschiebbare Geschäfte so lange fortzuführen sind, bis der Mandant darüber anders verfügt hat oder verfügen konnte (§ 1025).

Auch was die Form der Aufkündigung betrifft, gilt dasselbe wie für den Widerruf.[67] Die Kündigung kann eine ausdrückliche oder „stillschweigende" Erklärung sein; sie ist stets eine „empfangsbedürftige" Erklärung[68] in dem Sinne, daß sie erst wirksam wird, wenn sie auch zur Kenntnis des Auftraggebers gelangt, oder nur durch dessen Schuld nicht gelangt ist. Das ergibt sich hier schon aus der Erwägung, daß nach § 1025 die liberierende Wirkung der Kündigung aufgeschoben bleibt, bis der Mandant seine Verfügungen „treffen konnte". Und aus demselben Grunde, weil dem Mandanten diesbezüglich kein Zustand der Ungewißheit aufgedrängt werden darf, ist bedingte Kündigung unstatthaft.[69]

---

der herrschenden Auslegung auch das deutsche BGB. § 671 Abs. 2, welcher, vielleicht etwas künstlich, dahin verstanden wird, der Mandatar „könne" jederzeit wirksam kündigen, nur „solle" er es nicht zur Unzeit (siehe Schollmeyer S. 124, Lotmar a. a. O. I S. 523 N. 2, Immerwahr a. a. O. S. 169; ob Planck II S. 420, bezw. 365 es ebenso meint, ist nicht ganz klar).

[66] Das trat scharf zutage im Cod. Ther. III 15 Nr. 97: Wenn der Mandatar zur Unzeit ohne „rechtmäßige Ursache" den „Befehl aufsagt", ist er „nicht allein solchen den Schaden des Befehlsgebers zu ersetzen schuldig, sondern kann auch zum Vollzug des übernommenen Geschäfts verhalten werden". — Einen Widerspruch mit dem Gedanken des § 1039 ABGB., wonach der negotiorum gestor das Geschäft „bis zur Vollendung fortsetzen muß", darf man in dem Kündigungsrecht des Mandatars nicht suchen. Abgesehen davon, daß auch die im § 1039 statuierte Pflicht nicht in formaler Strenge interpretiert werden kann (worüber unten in dem Kapitel von der negotiorum gestio näheres), entspricht es dem Standpunkt des ABGB. (vgl. § 1035) in der Tat, den unbeauftragten Geschäftsführer in dieser Richtung strenger zu behandeln als den beauftragten. Übrigens liegt, wie Zeiller selbst (bei Ofner II S. 54) angedeutet hat, eine Temperierung des freien Rücktritts auch in dem im Texte sofort zu erwähnenden Satze des § 1025, daß der Mandatar auch noch nach der Kündigung dringende Geschäfte interimistisch weiterzuführen hat.

[67] S. oben S. 684. Bezüglich des Armenvertreters s. Art. XXXIII EG. zur ZPO.

[68] So deutlich Code civ. Art. 2007, sächs. GB. § 1322.

[69] Crome II S. 110, Immerwahr a. a. O. S. 80 f., a. M. Schollmeyer S. 125.

Auf das Kündigungsrecht des Mandatars kann im Vertrage nicht verzichtet werden,[70] weder schlechthin noch für bestimmte Zeit. Wenn anders, wie oben gezeigt, das Gesetz den Konflikt zwischen der Zwangspflicht aus dem Vertrage und der Unmöglichkeit ersprießlicher Erfüllung eines Vertrauensdienstes unter solchem Zwange dadurch zu lösen befindet, daß es dem Beauftragten freien Rücktritt gestattet, aber Rücktritt auf eigene Gefahr, so muß dies, soll der legislatorische Zweck der Norm nicht preisgegeben werden, zwingendes Recht sein.[71] Eine Einschränkung der gesetzlichen Kündigungsfreiheit, ohne mit dem Geiste jener Gesetzesnorm in Widerspruch zu geraten, ist nur in zweierlei Richtung möglich und zulässig. Einmal kann der Mandatar immerhin eine größere als die vom Gesetze ihm zugemutete Gefahr auf sich nehmen, indem er gewisse Kündigungsgründe ausschließt, nicht mit der Wirkung, daß dann eine dem entgegen erfolgte Kündigung kraftlos wäre, sondern mit der Wirkung, daß er dann auch solchen Falles nur unter Entschädigungspflicht kündigen kann, wenngleich die Ursache sonst nach dem Gesetze zureichend erschiene, um ihn von der Ersatzpflicht zu befreien. Sodann aber kann allerdings eine Kündigungsfrist rechtsgültig bedungen werden; denn darin liegt nur eine nähere Abgrenzung des Vorbehaltes, den das Gesetz selbst (§ 1025) macht, daß die Kündigung nicht sofort alle Verbindlichkeit des Mandatars aufheben solle, sondern erst nach Ablauf eines Zeitraumes, wie seiner der Machtgeber zu den infolge der Kündigung nötigen Verfügungen bedarf.

§ 92.

9. In der Regel wird durch den **Tod** des Mandanten oder des Mandatars das Vertragsverhältnis aufgelöst: § 1022.[1]

Mag man es von der Seite des Auftrags oder der Ermächtigung oder der Vollmacht betrachten, immer ist einleuchtend, daß die Kausa

[70] Anders Schuster S. 113; daß die Übernahme eines Auftrages zu Gunsten Dritter (zum Unterschiede von anderen pacta in favorem tertii, siehe oben § 84) nicht schon Verzicht auf das Kündigungsrecht bedeutet (so Hasenöhrl I S. 480 N. 11) s. oben S. 634.

[71] Gerade umgekehrt findet Grünhut S. 378 N. 19 die Zulässigkeit des Verzichtes auf das Kündigungsrecht in der „Natur der Sache" begründet. Das sächs. GB. § 1323 gestattet ausdrücklich den Verzicht, das deutsche BGB. läßt ihn, wenn auch mit der Milderung § 671 Abs. 3, zu, vgl. Immerwahr a. a. O. S. 169 f.

[1] § 1022 spricht nur von Aufhebung der „Vollmacht"; daß damit aber auch das (interne) Verpflichtungsverhältnis des Auftrages gemeint ist, zeigt, wenn es noch eines Beweises bedürfte, der zweite Satz, wo von Fortdauer von „Recht und Pflicht" des Mandatars die Rede ist.

des Mandats, ganz besonders so wie sie das ABGB. faßt — stellvertretende „Geschäftsbesorgung" (oben § 64) — ein durchaus persönliches Element in sich schließt. Begreiflich daher, daß die Gesetzgebung seit altersher[2] von der Voraussetzung ausgeht, der Auftraggeber, der sich durch den Bevollmächtigungsvertrag ein Organ seiner Geschäftsführung bestellt, wolle das nur für seine Person getan haben,[3] ohne damit seinen Rechtsnachfolgern die Freiheit zu nehmen, diese Interessen wieder selbsthandelnd oder durch andere Organe zu vertreten. Und ebenso, oder noch viel mehr, sei anzunehmen, daß er die Geschäftsbesorgung gerade nur in die Hände der gewählten Vertrauensperson selbst legen wollte,[4] nicht aber ihrer ihm vielleicht ganz unbekannten Nachfolger. Daher die Regel von der Auflösung des Auftrags- und Vollmachtsverhältnisses durch den Tod[5] des einen wie des anderen Teiles — zu deren Erklärung somit weiter ausholende dialektische Begründung aus dem Wesen der Persönlichkeit[6] oder dem abstrakten Begriff der Vollmacht[7] weder nötig, noch förderlich scheint.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß jener Rechtssatz der Natur der Sache nach nur als Dispositivnorm verstanden werden kann, wie dies auch die Eingangsworte des § 1022 („in der Regel") andeuten.[8] Begriffliche Bedenken gegen die (ausnahmsweise) Vererblich-

[2] „Mandatum solvitur morte": L. 26 pr. D. h. t. dazu Glück XV S. 331 f.; vgl. auch § 918: „Alle aus Verträgen entstehende Rechte und Pflichten gehen auf die Erben der vertragenden Teile über, wenn sie anders nicht bloß auf persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhen", wozu Zeiller III S. 114 f. als Beispiel „die Vollmacht in Rücksicht beider Paziszenten" anführt.

[3] Daß das deutsche BGB. § 672 „im Zweifel" daß Gegenteil verfügt, hat seine tiefere Begründung darin, daß der „Auftrag" des BGB. nicht wie der „Bevollmächtigungsvertrag" des ABGB. wesentlich stellvertretende Tätigkeit zum Gegenstande hat (die Begründung der D. Mot. II S. 547 scheint allerdings nicht recht überzeugend).

[4] Das kommt auch in dem Satze (des § 1010) zum Ausdrucke, daß dem Mandatar in der Regel die Stellung eines Ersatzmannes nicht gestattet ist, vgl. oben S. 607.

[5] Oder gleichstehende Umstände. „Bürgerlicher Tod" (capitis deminutio maxima oder media), die früher angeführt zu werden pflegten (vgl. Buchner S. 132), kommt natürlich heute nicht in Betracht; wenn Zeiller III S. 305 den Konkurs (siehe unten § 93) unter diesen Gesichtspunkt bringt, so ist das kaum mehr als historische Spielerei. Über das Erlöschen juristischer Personen s. unten d), über Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters Crome II S. 620 f. unten S. 722 ff.

[6] Siehe z. B. Treitschke a. a. O. S. 61: „weil das Mandat nur durch den Willen des Mandanten fortbesteht, die Fortdauer dieses Willens aber nur solange, als die Identität der Person bleibt, aus dem Stillschweigen präsumiert werden kann"; oder Guillouard p. 536: „ce contrat ne peut survivre au décès du mandant, sa volonté s'éteignant avec lui".

[7] S. unten N. 9.

[8] Daß diese Worte des § 1022 erst einer „Aufklärung" durch Lauterbach

keit von Auftrag, wie Vollmacht, sei es aktiver- oder passiverseits, bestehen nicht.[9] Nähere Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen des ABGB. ergibt nun Folgendes.

a) „Regel" ist im Falle Todes des Mandanten Auflösung des Auftragsverhältnisses.

Ausnahmen:

α) Wenn (im Augenblicke des Todes) nicht mehr res integra ist, d. h. mit der Geschäftsführung tatsächlich schon begonnen war oder doch zu beginnen gewesen wäre[10] und das Abbrechen derselben ohne „offenbaren Nachteil" für die Erben des Auftraggebers nicht möglich ist; dann dauert das Vertragsverhältnis nach beiden Seiten wirksam[11] fort, nicht bloß interimistisch, wie nach der Vorschrift des § 1025 (unten c), sondern so lange, bis es durch „Vollendung" oder

---

bedürften, wie Saxl in Grünhuts Ztsch. XXIV S. 449 meint, ist nicht einzusehen (s. dagegen auch Krainz II § 384 N. 12). Ebenso geben sich die entsprechenden Bestimmungen des deutschen BGB. § 672 und 673 deutlich durch den Beisatz „im Zweifel" als bloße Auslegungsregeln.

[9] Was die Vollmacht anbelangt, so behauptet allerdings Hupka S. 380 ff., sie müsse „begriffsmäßig" mit dem Tode des Machtgebers oder Machthabers erlöschen, als lediglich „formale Verfügungsmacht über einen fremden Rechtskreis" sei sie „nicht Bestandteil des Vermögens, somit auch kein Gegenstand der Erbfolge". Praktisch, das gibt Hupka zu, kommen auch Bevollmächtigungen vor, die sich nach dem Willen des Machtgebers auf die Erben erstrecken, aber in solchen Fällen finde nicht ein Übergang der Vollmacht statt, sondern stehe eine zweite, selbständige (Eventual-)Vollmacht zu Gunsten, bezw. zu Lasten der Erben neben der ersten. Damit zieht Hupka die äußerste Konsequenz aus der Theorie von der abstrakten Natur der Vollmacht. Allein abgesehen von sonstigen Zweifeln, welche die Überspannung dieser Lehre rege machen muß (s. oben § 61 N. 87 und § 89 N. 17), scheint in dem hier interessierenden Punkte Hupkas Formel nur weit künstlicher zu sein, ohne praktisch irgend andere Gesichtspunkte der Beurteilung zu eröffnen, als die unschuldige Wendung (s. z. B. Crome I S. 25), daß in solchen Fällen „die Vollmacht auf die Erben übergeht". Überdies aber: auch wenn die „Vollmacht" wirklich ein rein formales Gebilde ist, warum soll eine „Macht" nicht ebensogut vererblich sein können, wie ein subjektives Recht? Rückt doch der Erbe nicht bloß in konkrete Rechte und Pflichten des Erblassers ein, sondern in allerlei sonstige „vermögensrechtliche Beziehungen" — man vergleiche nur die klare Übersicht bei Strohal Das deutsche Erbrecht I S. 16 f., auch Sohm Der Gegenstand S. 42.

[10] Dem Wortlaute nach scheint § 1022 allerdings nur von tatsächlich schon „angefangenen" Geschäften zu reden — und daran halten sich auch die Kommentare; indes muß er gewiß ebenso erweiternd ausgelegt werden wie § 1021 (vgl. oben § 91 bei N. 14 und N. 58). Ja man kann geradezu sagen, unter Umständen erscheine die Geschäftsführung als „begonnen" schon damit, daß der Mandatar den richtigen Zeitpunkt für die Ausführung des Auftrags zu erwägen habe und der Mandant sich darauf verlasse. Beachtenswert ist auch, daß Cod. Ther. III 15 Nr. 102 ausdrücklich gesagt hatte: „Woferne die Verrichtung des Geschäfts schon angefangen gewesen wäre oder doch ihren Anfang hätte nehmen sollen".

[11] „Recht und Pflicht, das Geschäft zu vollenden": § 1022 a. E.; vgl. dazu unten N. 20.

einen anderen Aufhebungsgrund erlischt. Daß Letzterer auch Kündigung und Widerruf sein kann wie bei Lebzeiten des Mandanten, bedarf kaum der Hervorhebung.

β) Wenn der Auftrag sich „selbst auf den Sterbefall des Gewaltgebers erstreckt". Das kann im Vertrage ausdrücklich gesagt sein oder sich aus Inhalt und Natur des Auftrages ergeben: in dieser Beziehung ist alles Auslegungsfrage.[12] Die dem § 1022 entgegengesetzte Auslegungsregel gibt Art. 297 HGB.: „Ein Auftrag oder Vollmacht, welche von einem Kaufmanne in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, soferne nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht".

Für die „Prozeßvollmacht" aber ist die Fortwirkung nach dem Tode des Machtgebers bis zum Widerruf durch dessen Rechtsnachfolger gesetzlich festgelegt (§ 35 ZPO.).[13]

Nach österreichischem Recht ist demgemäß die Gültigkeit auch des eigentlichen mandatum post mortem nicht zu bezweifeln,[14] d. i. eines Auftrages, dessen Erfüllung überhaupt erst nach dem Tode des Auftraggebers erfolgen soll. Ist das doch im Grunde nichts anderes als ein Mandat, für welches in obigem Sinne seinem Inhalte nach nur die Auslegung möglich ist, daß es durch den „Sterbefall" nicht erlöschen solle.[15] Unter diesen Gesichtspunkt bringt das ABGB. auch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 816), obgleich dessen Stellung doch eine wesentlich andere ist, als die eines Machthabers

[12] Inwieferne dabei von dem Inhalte der Vollmacht auf den des Auftrags geschlossen werden kann, siehe oben S. 549 f., vgl. auch unten N. 13. Ist das Mandat in die Form des fiduziarischen Geschäfts gekleidet (oben S. 568 f.), so wird in der Regel angenommen werden dürfen, daß das Auftragsverhältnis, eben weil ihm diese festere Struktur gegeben ist, auch „auf den Sterbefall" gemeint sei; vgl Troplong Nr. 738.

[13] Vgl. aber auch schon § 416 AGO. — Die Fortdauer der Vollmacht bedeutet hier wohl auch Fortdauer des Auftrags, also der Vertretungspflicht des Prozeßbevollmächtigten bis zu Widerruf oder Kündigung, und nicht bloß in dem Maße der §§ 1022 oder 1025, wie Titsch Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 252 meint: man beachte nur, abgesehen von dem als Gegenstück des Fortbestandes der Formalvollmacht zum Schutze der Erben des Vertretenen geradezu notwendigen Postulats des Fortbestandes auch der Pflichten des Vertreters, daß § 35 nicht wie § 36 ZPO. (bezüglich Widerrufs und Kündigung) nur von der „Wirksamkeit gegenüber dem Prozeßgegner" spricht.

[14] Über, bezw. gegen formalistische Bedenken in dieser Richtung siehe Guillouard p. 537 s.

[15] Vgl. Zeiller III S. 303 (dessen Berufung auf § 709 allerdings nicht glücklich ist), auch Cod. Ther. III 15 Nr. 101 und Slg. N. F. 84.

im Sinne des § 1002 — ein Punkt, dessen nähere Erörterung der Lehre vom Erbrechte überlassen werden muß.[16]

b) Für den Fall des Todes des Mandatars scheint § 1022 — und so wird auch allgemein gelehrt[17] — das Erlöschen des Verhältnisses ganz ausnahmslos zu verfügen, vorbehaltlich nur des Rechts und der Pflicht zur einstweiligen Fortsetzung nach § 1025. Insbesondere scheint der Wortlaut des § 1022 a contrario zu ergeben, daß es ausgeschlossen sei, Auftrag und Vollmacht von vorneherein im Vertrage auch auf die Erben des Mandatars zu erstrecken. Dennoch kann und muß meines Erachtens der Paragraph freier ausgelegt werden im Sinne einer bloßen Dispositivnorm in Beziehung auf den Tod des Machthabers geradeso wie des Machtgebers.[18] Nicht bloß liegt dies, wie oben bemerkt, in der Natur der Sache, sondern es liegt auch kein Anhaltspunkt vor, zu glauben, daß das Schweigen des Gesetzes bezüglich der Erstreckung der Vertragswirkung über den Tod des Machthabers hinaus eine Schranke für den Parteiwillen bedeuten sollte. Vielmehr erklärt sich dies Schweigen zur Genüge einmal schon daraus, daß sich dieser Fall in der Tat selten, viel seltener jedenfalls als der einer noch nach dem Tode des Machtgebers wirksamen Bevollmächtigung, ereignen wird.[19] Sodann aber ist der eigentliche Tenor des zweiten Satzes des § 1022, auf den die Redaktoren offenbar das Hauptgewicht legten, der Schutz der Erben des Mandanten gegen den durch das Erlöschen des Mandats ihnen drohenden „offenbaren Nachteil", wobei dann begreiflicher-, wenn auch vielleicht unvorsichtigerweise bei Einschaltung der zweiten Ausnahme (oben zu a, β) in der Satzfügung wieder nur der „Sterbefall des Gewaltgebers" Raum fand — ohne daß deshalb etwa die Unzulässigkeit der vertragsmäßigen

[16] Auch für das französische Recht wird die Ernennung eines Testamentsexekutors als mandatum post mortem aufgefaßt, s. Troplong Nr. 728; vgl. aber dagegen oben § 79 N. 63. Allerdings „kann der Erblasser aber auch durch ein gewöhnliches Mandat" jemand „die Aufgabe übertragen, für die Ausführung der letztwilligen Verfügungen zu sorgen": Unger Erbrecht S. 122.

[17] Wenigstens schweigen die Kommentare zu § 1022 über die „auf den Sterbefall des Machthabers" erstreckte Vollmacht, auch Tilsch a. a. O. S. 253 N. 140 findet die Aufhebung von Vollmacht und Auftrag durch den Tod des Bevollmächtigten „selbstverständlich"; anders und doch wohl richtiger Nippel VII S. 110.

[18] So wie PrLR. I 13 § 186, dessen einschränkende Interpretation in der Praxis (vgl. Dernburg Pr. R. II S. 529 N. 15) wohl nur ein Nachklang romanistischer Bedenken (siehe Windscheid § 411 N. 5, Mann S. 34 f.) ist.

[19] Daher § 673 BGB. mit Recht „im Zweifel" hier anders entscheidet als (im § 672) für den Fall des Todes des Auftraggebers.

Ausdehnung des Auftrags auf den Sterbefall des Gewalthabers ausgesprochen werden wollte. Der zweite Ausnahmsfall des § 1022 (oben a, β) gilt also auch nach dieser Seite.

Was hingegen die erste Ausnahme (oben a, α) betrifft, so hört hier allerdings der Parallelismus zwischen dem Tod des Mandanten und des Mandatars auf. Fortdauer des Vollmachts- und Auftragsverhältnisses, falls die Unterbrechung der Geschäftsführung zum Nachteile der Erben des Machthabers gereichen würde, widerspricht in der Tat dem Wortlaute des § 1022 ebenso wie der Natur des Verhältnisses.[20]

Übrigens mag an dieser Stelle nochmals[21] daran erinnert sein, daß, wenn das Obligationsverhältnis durch den Tod des Mandatars erlischt, dies, wie bei allen „besonderen Erlöschungsarten", eben nur dem Kausalverhältnis als Ganzem gilt, nicht aber den einzelnen zwischen den Vertragsteilen auf Grund desselben bereits entstandenen oder gerade durch dessen Beendigung ausgelösten Ansprüchen.[22] Diese gehen aktiv wie passiv auf die Erben des Mandatars über. Und zu den Ansprüchen der letzteren Art gehört der Anspruch des Mandanten auf Rechnungslegung,[23] der Gegenstand einer actio directa gegen die Erben des Machthabers wie der exceptio gegen deren etwaige actio contraria auf Ersatz von Kosten werden kann. Sind die Erben, wie es ja nicht unschwer sich ereignen kann, außer Stande über das Gebaren ihres Erblassers Rechenschaft zu geben, so kann sie das tatsächlich ihre Regreßansprüche kosten, aber damit tragen sie eben nur wie in anderen Beziehungen die Folgen der mangelnden Vorsorge ihres Vorgängers.[24]

[20] Zeiller III S. 303 ist der einzige, der das Gegenteil lehrt; daß er dabei auf falschem Wege ist, ergibt sich schon daraus, daß er sich — entgegen dem Texte des § 1022, der von Fortdauer von „Recht und Pflicht" der Geschäftsbesorgung spricht — genötigt sieht, bei drohendem „offenbarem Nachteil" der Erben des Machthabers diesen nur die Berechtigung, nicht auch die Verpflichtung zur Fortsetzung zuzusprechen. Überdies aber vergißt er, daß für Bestand und Inhalt des Obligationsverhältnisses seiner Kausa gemäß das Interesse des Mandatars überhaupt nicht maßgebend sein kann (s. oben S. 688); das hat ihm gut bereits Nippel VII S. 109 f. entgegengehalten, vgl. auch Stubenrauch II S. 245.

[21] S. oben § 89.

[22] Den aus der „Herausgabepflicht" (oben S. 566) sich ergebenden Ansprüchen.

[23] Vgl. oben S. 600. Die Vererblichkeit der Rechnungslegungspflicht ist anerkannt bei Zeiller III S. 307, Winiwarter IV S. 234, Nippel IV S. 51 (vgl. dazu Pfaff-Hofmann II S. 45 N. 6), sowie in vielen Entscheidungen, siehe Manz § 548 N. 5 (eine andere Frage ist die in Slg. 8443 behandelte der Vollstreckung des gegen den Mandatar erwirkten Urteils nach dessen Tode).

[24] Vgl. Slg. 14709.

c) Wie Widerruf und Kündigung, so soll auch der Tod des Machtgebers oder des Machthabers nicht sofort und unbedingt Erlöschen des Verhältnisses bewirken; sondern bei Gefahr im Verzuge bleibt das gegenseitige Verpflichtungsverhältnis noch so lange bestehen, bis von den Erben des Mandanten, bezw. von dem Mandanten selbst, „eine andere Verfügung getroffen worden ist, oder füglich getroffen werden konnte".[25] Bis dahin sind „die Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden", von dem Mandatar, bezw. den Erben des Mandatars noch fortzuführen: § 1025.

Aus diesem Gedanken folgt auch, was andere Gesetzgebungen wohl ausdrücklich aussprechen,[26] die Verpflichtung der Erben, den Tod des Mandanten, bezw. Mandatars, dem Vertragsgegner ohne Verzug anzuzeigen.[27] Für die Erben des Mandanten ergibt sich dies aus der Erwägung, daß der Mandatar dem Gesagten zufolge zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet ist, aber doch nur so lange und in dem Maße, als es dringend notwendig scheint, während er auf eigene Gefahr handelt, wenn er darüber

[25] Bei strengem Festhalten an dem Dogma von dem Erlöschen des Auftrags durch den Tod (dasselbe gilt aber auch von Widerruf und Kündigung, vgl. oben S. 683 f.) pflegt man wohl zu sagen, das Vertragsverhältnis sei durch die Tatsache des Todes des Mandanten oder Mandatars trotz § 1025 sofort aufgehoben — und das ist insoweit richtig, daß nun keine Verpflichtung mehr besteht zur Vollendung der Geschäftsbesorgung (im Gegensatze zu dem Ausnahmsfalle des § 1022, oben a, β) — aber es knüpfe sich daran eine neue gesetzliche Pflicht zur provisorischen Fortführung der Geschäfte (Hupka S. 381: „vom Gesetze statuierte Pflicht zur negotiorum gestio"! — ähnlich Mann S. 16 ff.). Allein ohne juristische Subtilität betrachtet, erscheint dies Recht und diese Pflicht zur Fortsetzung der Geschäfte, die keinen Aufschub leiden, doch in der Kausa des Auftragsverhältnisses selbst begründet, als Ausfluß der „Treuepflicht" des Mandatars (s. oben S. 532 f.) Es bedarf also zu ihrer Erklärung nicht einer künstlich hereingezogenen negotiorum gestio (richtig hier Kirchstetter S. 527, Guillouard p. 542) noch auch einer Art Fiktion, wie sie Grünhut S. 386 N. 34, aber auch noch das deutsche BGB. im § 672 und § 673 a. E. formuliert. Die natürliche Auffassung ist gewiß die des Textes, welche sagt: Das Vertragsverhältnis besteht, wenn auch mit abgeschwächter Wirksamkeit, noch fort, die Aufhebungstatsache wirkt erst nach Ablauf einer gewissen Zeit, so wie etwa die Kündigung einer Miete erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirkt und während dieser Frist der Bestand des Vertrages gesichert ist (Lotmar a. a. O. I S. 522 f.) (ganz deutlich so auch bezüglich der Kündigung der Prozeßvollmacht § 36 Abs. 2 ZPO.).

[26] Wenigstens für den Fall des Todes des Beauftragten: PrLR. I 13 § 187, Code Art. 2010, sächs. GB. § 1325, BGB. § 673.

[27] Zeiller III S. 306. Daß minderjährige Erben des Mandatars von dieser Pflicht entbunden wären, wie Troplong Nr. 835, Guillouard p. 543 lehren, läßt sich nicht schlechthin behaupten; die Überwachung ihrer Pflichten wird in dieser wie in anderen Beziehungen Sache ihres gesetzlichen Vertreters sein.

hinausgeht — eine Gefahr, die ihm nicht bona fide auferlegt werden kann, wenn der Erbe des Mandanten ihn nicht rechtzeitig aufmerksam gemacht hat.[28] Für die Erben des Mandatars aber führt die nach § 1025 vorläufig noch fortdauernde Gestionspflicht unmittelbar auf jene Anzeigepflicht; denn die Gestionspflicht umfaßt stets die Verpflichtung, den Auftraggeber von dem Stand der Dinge Rechenschaft zu geben, und bei geänderter Sachlage Instruktionen einzuholen.[29] Umsomehr gilt selbstverständlich diese Anzeigepflicht, wenn der Ausnahmsfall des § 1022 (oben zu a, β) vorliegt, daß das Auftragsverhältnis nicht bloß provisorisch über den Tod des Mandanten (oder Mandatars) hinaus fortzubestehen hat.

d) Dem Tod der physischen Person gleicht die Auflösung einer juristischen Person. Die Bestimmung des Gesetzes — § 1023 — daß mit der Auflösung der juristischen Person das von ihr als Auftraggeber oder Auftragsempfänger eingegangene Mandatsverhältnis erlösche,[30] ist somit vorerst nichts als die sinngemäße Anwendung der Regel des § 1022. Sinngemäß wird daher auch in diesem Fall der Vorbehalt gelten, daß der Auftrag auch nach Auflösung der juristischen Person fortbesteht,[31] wenn die Unterbrechung

[28] Vgl. § 10 J. h. t. 3, 26: „si tu ignorans eum decessisse exsecutus fueras mandatum, posse te agere mandati actione".

[29] Vgl. oben S. 553 und 591.

[30] Wenngleich § 1023 nur der „Vollmacht" gedenkt, bezieht er sich zweifellos auch auf das Verpflichtungsverhältnis des Auftrags — worauf füglich auch der Ausdruck „übernommene" Vollmachten hindeutet.

[31] Aus der kategorischen Fassung des § 1023 wird allgemein geschlossen, daß hier anders als beim Tode der physischen Person das Erlöschen des Mandats als absolute Folge statuiert sei — so namentlich auch unsere Prozessualisten, die entweder, wie E. Demelius Der neue Zivilprozeß S. 205 gegenüber der zwingenden Norm des § 1023 sogar § 35 ZPO. zurücktreten lassen wollen, oder doch in letzterer Gesetzesstelle eine grundsätzliche Abweichung von § 1023 erblicken, wie Tilsch a. a. O. S. 253, Skedl Österr. Zivilprozeß I S. 319 N. 34, G. Neumann Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen S. 201 f. — Allein die ratio für die Fortdauer über das Ende des Mandanten hinaus trifft hier nicht minder zu, wie für den „Sterbefall". Daß die juristische Person keinen „Erben" hat (Krainz II § 384 N. 13), dessen Interessen zu wahren wären, ist kein triftiger Einwand; wenn auch nicht „Erbfolge" im streng juristischen Sinne, eine Rechtsnachfolge irgend welcher Art kann doch auch bezüglich des Vermögens der erloschenen Korporation oder Stiftung eintreten, und für deren Zwecke muß das Vermögen einstweilen geradeso zusammengehalten werden, wie eine hereditas jacens für den künftigen Erben. Zur Fortsetzung der zu diesem Behufe nötigen Geschäfte steht aber niemand näher als der noch von der juristischen Person selbst mit diesen Geschäften betraute Machthaber. Deshalb ist § 1023 nur dahin zu verstehen, daß er die „Regel" des § 1022 auf den Fall des Erlöschens der juristischen Person überträgt, aber eben nur als „Regel", nicht als zwingenden Rechtssatz.

zum „offenbaren Nachteil“ des Rechtsnachfolgers ausschlüge (§ 1022, 2. Satz), bezw. sonst so lange, bis anderweitige Vorsorge getroffen sein kann (§ 1025).[32]

Im Zusammenhange damit kann eine weit über das Gebiet des Bevollmächtigungsvertrages hinausreichende Frage des Korporationsrechtes hier nur angedeutet werden. Was die „Vollmacht“ betrifft, so umfaßt der Satz des § 1023 im Sinne des Gesetzbuches wohl auch die Stellung der eigenen Organe der juristischen Person, die das ABGB. ja gleichfalls unter den Gesichtspunkt der „Stellvertretung“ (§ 867) bringt. Auch in dieser Richtung darf meines Erachtens § 1023 nicht allzu sehr urgiert werden, als verfügte er unbedingtes sofortiges Erlöschen von Pflicht und Legitimation der Organe der juristischen Person mit dem Augenblicke der Auflösung der Letzteren.[33] Vielmehr kann und muß im Sinne der §§ 1022 und 1025 die Vertretungspflicht und Vertretungsmacht der Organe der gewesenen juristischen Person deren Ende überdauern, wenn, bezw. so lange für das zurückgebliebene Vermögen Gefahr im Verzuge ist.

Inwieweit das Erlöschen der Firma eines Kaufmannes die Auflösung der von ihm unter dieser Firma gegebenen oder empfangenen Aufträge zur Folge hat, ist wesentlich Auslegungsfrage im einzelnen Falle.[34]

§ 93.

10. Konkurs.

Nach § 1024 wird der Bevollmächtigungsvertrag aufgelöst durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mandanten oder des Mandatars. Allerdings spricht das Gesetz auch an dieser Stelle nur von der Aufhebung der „erteilten Vollmacht“, und das, wenigstens was den Konkursfall des Auftraggebers anbelangt, in Ausdrücken, die schärfer, als es sonst zu tun pflegt, den Bezug nur auf die Vertretungswirkung der Mandatserteilung anzudeuten scheinen:[1]

[32] Daß § 1025 den Fall des Erlöschens einer juristischen Person nicht neben dem des Todes besonders erwähnt, gibt kein arg. e contrario; stellt doch das Gesetz diesen Fall im § 1023 geradezu unter die Marginalrubrik: „Auflösung durch den Tod“.

[33] So Slg. 15194, besser Slg. 6593.

[34] S. über diese, mehr das Handelsrecht interessierende Frage Grünhut S. 385 ff., Treitschke a. a. O. § 19, Slg. 5542 und 7783.

[1] In der Tat meinen deshalb die D. Mot. II S. 551 unseren § 1024 so verstehen zu müssen, daß er nur die Vollmacht, nicht aber den Auftrag erlöschen lasse.

„Verfällt der Machtgeber in Konkurs, so sind alle Handlungen, die der Gewalthaber nach Kundmachung des Konkurses im Namen des Konkursschuldners unternommen hat, ohne Rechtskraft". Dennoch muß auch hier wieder behauptet werden, daß die gesetzliche Bestimmung nicht bloß die „Vollmacht", sondern auch den „Auftrag" trifft. Denn so viel zuvörderst ist gewiß, daß damit nicht nur die „Vertretungsmacht" nach außen, sondern auch die „Ermächtigung" zum Eingriff in die Geschäfte des Auftraggebers „nach innen"[2] gemeint sein muß. Liegt doch im Falle des Konkurses des Machtgebers der Kern der Vorschrift, daß die Rechtshandlungen des Mandatars „ohne Rechtskraft" sein sollen, gerade darin, daß er nicht mehr „im Namen", d. i. zu Lasten des Vermögens des Mandanten handeln könne, mit anderen Worten, nicht mehr „ermächtigt" sei, direkt oder indirekt in diesen, dem Konkurs verfallenen Vermögenskreis einzugreifen.[3] Und ebenso klar ist es, daß das Erlöschen der „Vollmacht" im Falle des Konkurses des Gewalthabers dem Schutze des Mandanten gegen weiteres Eingreifen des nicht mehr vertrauenswürdigen Vertreters dienen, diesem also auch „nach innen" die Ermächtigung zur weiteren Geschäftsführung entziehen soll. Wo aber die „Ermächtigung" fehlt, ferner auf Rechnung des Auftraggebers zu handeln — und das gilt in dem einen wie dem anderen Falle —, kann dem Mandatar auch nicht mehr zugemutet werden, zur Fortsetzung der Vertretung der Interessen des Mandanten verpflichtet zu bleiben,[4] muß also auch der Auftrag sein Ende finden.

So einfach nun die Vorschrift des § 1024 klingt, lohnt es sich doch, ihren Gründen und namentlich ihrem Verhältnis zu allgemeinen

[2] In dem oben § 61 angegebenen Sinne. — Übrigens siehe die Einschränkung dieser Sätze unten zu d).

[3] Es ist ja richtig, daß *theoretisch* Vollmacht und Ermächtigung notwendig nur so weit hinfällig werden müßten wie das Verfügungsrecht des Mandanten selbst, d. i. unwirksam, „ungültig gegenüber der Gläubigerschaft" (§ 3 KO.), nicht aber gegenüber dem Mandanten, daß sie also für den Fall der Aufhebung des Konkurses fortdauern könnten (so Hupka S. 387 f., Mann S. 32, ferner Tilsch a. a. O. S. 254 und Skedl Zivilprozeß I S. 320 N. 37, die der Ansicht sind, daß § 1024 durch § 3 KO. in diesem Sinne abgeändert sei); bedenkt man aber, daß über die zur Konkursmasse gehörigen Vermögensstücke, auf welche sich jenes Verfügungsrecht und jene Ermächtigung beziehen, gerade durch das Konkursverfahren und von der Konkursverwaltung zu ihren Zwecken verfügt wird, so erscheint das, was Hupka S. 388 gleichsam als einen Zufall hinstellt, der das Erlöschen der Vollmacht herbeiführt, als der normale Ausgang, und deshalb das natürliche, Vollmacht und Ermächtigung als durch die Konkurseröffnung definitiv erloschen zu erklären, weil sie *praktisch* gegenstandslos geworden sind.

[4] Vgl. D. Mot. II S. 552, auch unten bei N. 12; was indirekte Stellvertretung betrifft N. 21.

konkursrechtlichen Normen nachzugehen, um dadurch erst ihre volle Bedeutung, und wohl auch die Schranken ihrer Geltung zu erkennen.

a) Daß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mandanten dem Bevollmächtigungsvertrage ein Ende macht, beruht auf dem Gedanken, daß von dem Momente der Konkurseröffnung an gleich der Dispositionsbefugnis des Gemeinschuldners selbst über sein Vermögen notwendig auch die der von ihm bestellten Organe erlöschen muß.[5] Von da ab gibt es zur Vertretung der Geschäfte seines Vermögens nur mehr die Organe der Konkursverwaltung. Wie das Verfügungsrecht des Gemeinschuldners selbst, so hört deshalb auch ipso jure die Ermächtigung seines Mandatars auf[6] mit dem Beginne des Tages der „Anschlagung des Konkursediktes" (§ 2 KO.)[7] — und damit, wie oben dargelegt, auch die Geschäftsführungspflicht, der „Auftrag" des Mandatars. Gleichgültig nach beiden Richtungen, ob der Mandatar von der Konkurseröffnung tatsächlich schon Kenntnis erlangt hat oder nicht.[8] Unverschuldete Unkenntnis der Konkurseröffnung kann ihn allenfalls von Schadenersatzleistungen befreien, aber sie ändert nichts daran, daß er von diesem Tage an nicht mehr als beauftragter Geschäftsführer handelt und auf seine Geschäftsführung keine actio mandati contraria mehr stützen kann. Er ist nur mehr Geschäftsführer ohne Auftrag und nur aus diesem Titel können ihm vielleicht Regreßansprüche[9] (nach §§ 1036 oder 1037) gegen die Konkursmasse erwachsen, wobei ihm die entschuldbare Unkenntnis der Konkurseröffnung nur insoweit zu Gute kommt, daß ihm seine Geschäftsführung nicht als verbotene im Sinne des § 1040[10] angerechnet wird.

Ebenso aber wie seine Ermächtigung, so ist mit dem Tage der Konkurseröffnung auch die Mandatspflicht des Machthabers ipso jure

---

[5] Die Begründung bei Krainz II S. 289 („weil jedes Rechtsgeschäft für den Auft aggeber eine Verpflichtung oder Veräußerung im Gefolge haben kann") greift nicht tief genug (besser Krainz I S. 332 N. 1). — Über die Motivierung durch den „bürgerlichen Tod" des Kridars s. oben § 92 N. 5.

[6] S. aber unten c) und d).

[7] Auch § 1024 selbst bezeichnet als entscheidenden Zeitpunkt die „Kundmachung des Konkurses".

[8] Es handelt sich um eine formale Rechtsfolge der Konkurseröffnung, nicht bloß darum, daß „die Unkenntnis der gerichtlichen Kundmachungen meistens unentschuldbar sein dürfte" (so Grünhut S. 389 f. N. 42), freilich auch nicht darum, der Ediktalkundmachung die Wirkung einer Gesetzespublikation im Sinne § 2 beizumessen, vgl. Slg. 15042, 4684 und 1386.

[9] Aber weder Schadenersatzansprüche in dem Umfange nach § 1014 (s. oben S. 188 f.) noch Lohnanspruch (s. oben S. 197 f. und 210).

[10] Vgl. oben S. 684.

erloschen. Es liegt daher auch nicht in der Hand der Konkursmasse des Auftraggebers, in den Vertrag „einzutreten". Das Wahlrecht der Masse nach § 22 c) KO. — von welchem überhaupt nur bei entgeltlichem Mandat die Rede sein könnte[11] — tritt nach dem Schlußsatze des zitierten § 22 zurück gegenüber der Spezialnorm des § 1024.[12] Etwas ganz anderes ist, daß es der Masseverwaltung natürlich freisteht, dem gewesenen Mandatar des Gemeinschuldners ihrerseits den Auftrag zur Fortführung des Geschäftes zu geben; aber das ist eben ein neuer Auftrag, dessen Annahme oder Ablehnung nun erst bei dem Beauftragten steht.[13]

Ist es nun richtig, daß das Erlöschen des Auftragsverhältnisses durch den Konkurs des Auftraggebers nach § 1024 nur eine Folgeerscheinung des konkursrechtlichen Beschlagrechts der Gläubigerschaft (§ 1 Abs. 2 KO.) ist, so wird man auch zugestehen müssen, daß der Satz des § 1024 trotz seines scheinbar „alle Handlungen" umfassenden Wortlautes nicht weiter reicht als jener Grundgedanke des Konkursrechts: Betrifft also das Mandat (Vollmacht und Auftrag) Vermögensbestandteile des Mandanten, welche von der Konkursmasse ausgeschlossen bleiben[14] — beispielsweise der Exekution entzogene Stücke — oder Geschäfte von durchaus persönlicher Natur, die von dem Konkursverfahren seinem Wesen nach nicht betroffen werden — wie die Stellvertretung bei der Eheschließung (§ 76) — so kommt § 1024 nicht zur Anwendung;[15] das Auftragsverhältnis besteht trotz der

[11] S. oben § 88 N. 7.

[12] A. M., wie es scheint, Grünhut S. 390.

[13] Nebenbei bemerkt: auch dies (Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Wahlrechtes des § 22 KO.) ein praktischer Unterschied in den Rechtsfolgen zwischen Lohnvertrag und entgeltlichem Auftrag, vgl. oben § 69 Z. 6.

[14] Vgl. darüber Pollak Das Konkursrecht S. 112 und 115 ff.

[15] Darüber sind unsere Schriftsteller nahezu einig, siehe Winiwarter, Ellinger zu § 1024, Krainz I § 127 N. 1, Anders Das Familienrecht S. 44 N. 35, Rittner Österr. Eherecht S. 236 N. 41 und speziell die Vollmacht zur Eheschließung betreffend den Aufsatz von Hirschmann Ztschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit 1836 I S. 22 ff., welcher bereits (allerdings neben allerlei kleinlichen Argumentationen) die entscheidenden Gründe hervorgehoben hat: Daß der Konkurs über das Vermögen, nicht über die Person des Schuldners verhängt werde (der Kridar ist nicht „Kurand", vgl. auch schon Wagner in seiner Ztschr. 1826 I S. 60 f., womit auch die Versuchung, etwa aus § 49 Schlüsse zu ziehen, ausgeschlossen ist), daß der Gemeinschuldner zweifellos nach der Konkurseröffnung sich giltig verehelichen könne, daher was er persönlich vermöge auch per procuratorem möglich sein müsse, und daß, so weit die Ehe an sich Vermögensverhältnisse berühre (Alimentationspflicht des Ehemannes), die Konkursmasse dadurch nicht gefährdet sei, weil diese familienrechtlichen Ansprüche nicht zur Masse angemeldet werden können (siehe jetzt § 5 KO.; dazu Hussarek Grünhuts Ztschr. XX S. 554 f.) Damit erledigt sich auch

Konkurseröffnung fort.[16] Freilich auch das Kündigungsrecht des Mandatars. Und die Erwägung, daß seine etwaigen Regreßansprüche (actio contraria) in solchem Falle auf schwachen Boden zu stehen kommen, da sie ja gegen die Konkursmasse des Auftraggebers nicht geltend gemacht werden können, sondern lediglich auf die Befriedigung entweder aus dem, zumeist keine Deckung bietenden, zur freien Verfügung des Kridars bleibenden Vermögen, oder erst nach Aufhebung des Konkurses angewiesen wären, wird dem Mandatar oft genug Anlaß zu dieser Kündigung geben und dieselbe auch im Sinne des § 1021 (vgl. oben S. 692) vollkommen rechtfertigen.

Eine Ausnahme von § 1024 bildet die Prozeßvollmacht,[17] von der auf Grund § 35 ZPO. mit Recht angenommen wird, daß sie durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Machtgebers nicht erlischt.[18]

b) Daß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mandatars die Auflösung des Vollmachts- und Auftragsverhältnisses zur Folge hat, ist darin begründet, daß die Konkurseröffnung nach heutiger Auffassung zwar kaum mehr als eine capitis deminutio aufgefaßt werden darf,[19] wohl aber in aller Regel als eine Tatsache, welche das Vertrauen in die Person des Gemeinschuldners erschüttert. Wenngleich daher weder der Fortbestand der Vollmacht formell ausgeschlossen wäre[20] — da auch der nicht voll Handlungsfähige in Vollmachtsnamen rechtswirksam handeln kann (§ 1018) — noch auch der Fortbestand der Verpflichtung des Mandatars — da die Konkurseröffnung die Übernahme persönlicher Dienstleistungen dem Kridar nicht verwehrt —;[21] so geht doch § 1024 davon

---

das Argument, mit welchem Stubenrauch II S. 246 N. 2 die der herrschenden Lehre entgegengesetzte Behauptung begründen will; zweifelhaft scheint auch Schuster S. 113.

[16] So ausdrücklich jetzt die deutsche KO. § 23 (welchen Hupka S. 385 f. noch nicht beachtet hat).

[17] Siehe die „Fragenbeantwortung" (JMVBl. 1897 Nr. 44) zu § 35, Tilsch a. a. O. S. 254, Skedl a. a. O. S. 320 N. 37, Krainz II S. 289 N. 14, Slg. I 326, gegen Schuster Österr. Zivilprozeßrecht S. 99 N. 20.

[18] Hingegen bleibt es für die Prokura bei der Regel des § 1024, siehe Entsch. JMVBl. 1897: 1321. Vgl. Staub-Pisko zu Art. 54 § 4.

[19] Vgl. oben § 92 N. 5.

[20] Vgl. auch unten d).

[21] Daß der Auftrag erlöschen müsse, weil „jedes Rechtsgeschäft für den Beauftragten eine Haftung im Gefolge haben kann, die nach eröffnetem Konkurse nicht mehr zulässig" wäre (Krainz II S. 289), trifft nicht zu. Ein praktisch schwerwiegendes Bedenken ergibt sich aber allerdings im Falle eines Auftrages zu indirekter Stellvertretung, da die Rechte aus der Geschäftsführung, die der Mandatar hier im eigenen Namen, wenn auch für Rechnung des Mandanten, erwirbt, ge-

aus, daß es besser sei, nicht abzuwarten, ob der Mandant im Hinblick auf die Konkurseröffnung dem Mandatar tatsächlich sein Vertrauen entziehen und die Vollmacht widerrufen werde,[22] sondern das Erlöschen des Mandats ein für allemal als gesetzliche Wirkung an die Konkurseröffnung zu knüpfen. Dieser Gedanke spiegelt sich deutlich ab in der Fassung des § 1024: „erklärt die Verhängung des Konkurses schon an und für sich die erteilte Vollmacht für aufgehoben".[23]

Damit ist gesagt, daß auch diese Endigung des Bevollmächtigungsvertrages ipso jure mit dem Tage der Kundmachung der Konkurseröffnung eintritt (§ 2 KO.), gleichviel, ob der Mandant von derselben wirklich Kenntnis hat oder nicht. Und aus demselben Grunde kann die Bevollmächtigung und der Auftrag auch mit der Aufhebung des Konkurses nicht wieder aufleben.[24]

Wie überall, wirkt selbstverständlich die Erlöschung das Mandats nur pro futuro. Die einzelnen bis zur Konkurseröffnung bereits entstandenen konkreten Ansprüche zwischen beiden Kontrahenten bleiben bestehen. Ersatzansprüche des Auftraggebers (actio directa) sind wie andere Forderungen im Konkurse anzumelden und zu realisieren, Restitutionsansprüche gegebenen Falles auch als „Rückforderungsansprüche" (§ 26 KO.).[25] Etwaige Gegenansprüche (actio contraria) des Mandatars bilden Masseforderungen, die nach den Regeln des Konkursverfahrens (auch durch Kompensation) einzubringen sind.

Daß es auch in diesem Falle (wie zu a) dem Mandanten immerhin freisteht, wenn er trotz der Regel des § 1024 den in Konkurs verfallenen Mandatar seines Vertrauens weiter würdig hält, ihm einen neuen Auftrag zur Fortsetzung der Geschäfte zu geben, bedarf angesichts des § 1018 kaum der Hervorhebung.[26]

c) Die vorstehend erörterten Regeln des § 1024 über das Erlöschen des Mandats durch den Konkurs erleiden keine Ausnahme nach

mäß § 1 KO. der Konkursmasse zufallen und deren auftraggemäße Übertragung auf den Mandanten daher nicht mehr tunlich ist — eine Schwierigkeit, der nur für die kaufmännische Kommission zum Teile durch Art. 368 HGB. abgeholfen wird. Insoweit ist das z. B. von Schollmeyer S. 126 Gesagte nicht richtig.

[22] So noch WgalGB. III § 123 und das deutsche BGB., vgl. D. Mot. II S. 551, s. dagegen Ofner II S. 55.

[23] Vgl. PrLR. I 13 § 197: „. . . sind die ihm gegebenen Aufträge für widerrufen zu achten".

[24] Vgl. Pollak a. a. O. S. 129, auch oben N. 3.

[25] Bezüglich des in indirekter Stellvertretung für den Mandanten Erworbenen s. aber oben N. 21.

[26] Vgl. Zeiller III S. 306.

dem Muster des § 1022: ein Bevollmächtigungsvertrag, der von vorneherein sich auch „auf den Konkursfall" — wie „auf den Sterbefall" (§ 1022) — erstreckte, ist nicht nur im Gesetze nicht vorgesehen, sondern hätte geradezu etwas Anstößiges an sich.[27]

Wohl aber ist die Frage gestattet, ob denn nicht die Verpflichtung zur einstweiligen Fortsetzung der Geschäftsbesorgung, wie sie für die Endigung des Mandats durch Tod oder Kündigung besteht, auch für den Fall der Konkurseröffnung gelten soll. Hält man sich mit aller Strenge an den Wortlaut des Gesetzes, so ist das arg. e contrario aus § 1025 kaum abzuweisen, welches zur Verneinung der Frage führt; denn dort ist jene Verpflichtung ausdrücklich nur für die Aufhebung durch „Widerruf, Aufkündung oder Tod" statuiert. Auch die Entstehungsgeschichte des § 1025 bestätigt diese Argumentation.[28] Und dennoch drängt praktische Erwägung — wenigstens für den Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen des Machtgebers[29] — ebenso wie beim Tode dazu, von der Treuepflicht des Machthabers zu verlangen, daß er bei Gefahr im Verzuge die Geschäfte noch so lange fortsetze, bis anderweitige Verfügung für dieselben getroffen werden kann. Ist doch das Erlöschen des Mandats hier geradezu zum Schutze des Verfügungsrechts der Gläubigerschaft des Mandanten statuiert, eines Verfügungsrechtes, welches in zahllosen Fällen ganz wertlos für sie würde, wenn der Mandatar ihre Interessen in der Tat ganz im Stiche lassen dürfte, bevor sie von demselben noch Gebrauch machen konnten. Diese Erwägung scheint so dringend, daß schon Zeiller[30] sich über das Schweigen des § 1025 hinweggesetzt und § 1024 so interpretiert hat, als enthielte er den Vorbehalt: „so weit es ohne Nachteil der Masse geschehen kann".[31] Man braucht vor dieser freien Auslegung nicht zurückzuschrecken; es ist auch vom Standpunkte der Hermeneutik nicht zu weit gegangen, wenn man in dem

[27] S. aber unten zu d).

[28] Vgl. Ofner II S. 56.

[29] Für den Fall des Konkurses des Mandatars muß das vielfach allerdings daran scheitern, daß er nicht mehr eigenes Vermögen zur Ausführung des Auftrages heranzuziehen vermag, vgl. oben N. 21.

[30] Zeiller III S. 305, dem auch die herrschende Lehre folgt, s. Rippel VII S. 112, Ellinger zu § 1025, Stubenrauch II S. 246 N. 4, Grünhut S. 390, Pollitzer Österr. HR. S. 599; anderer Meinung sind Winiwarter IV S. 233 f. und Krainz II S. 289, nicht ganz klar Schuster S. 113.

[31] So wie es in der Tat im PrLR. I 13 § 199 heißt: „muß der Bevollmächtigte das Geschäft, soweit es ohne offenbaren Nachteil der Masse möglich ist, so lange in Anstand lassen, bis er von den Kuratoren weitere Anweisung erhält". Vgl. jetzt auch § 23 RKO., welcher entsprechende Anwendung von § 672 Satz 2 BGB. vorschreibt.

Schweigen des § 1025 über den Fall des Konkurses nicht eine Ausschließung dieses Falles sieht, sondern eine Lücke, die nach Analogie der für den Todesfall dort gegebenen Norm zu ergänzen ist.

d) Zur Vermeidung von Mißverständnissen schließlich noch Eines. Alles vorstehend (zu a bis c) über das notwendige Erlöschen von Vollmacht und Ermächtigung durch den Konkurs Gesagte ist gesagt mit Bezug auf die Vollmacht und die Ermächtigung — wie sie strenge genommen allein in den Bereich dieser Darstellung gehören[32] — die auf der Kausa des Mandats beruhen.[33] Für eine Ermächtigung, die nicht diesem Zwecke dient, sondern dem Ermächtigten in dessen eigenem Interesse zur Sicherung einer rechtlichen Stellung gegeben ist,[34] trifft das nicht zu. Durch sie hat der „Machtgeber" mehr getan, als bloß eine Bestellung eines Organes für die Besorgung seiner Geschäfte; er hat eine Verfügung getroffen, die ihn zu Gunsten des „Machthabers" bindet, die diesem eine „Macht" überträgt, auf welche er muß vertrauen dürfen, um darauf seine eigenen Geschäfte zu gründen. Daher in solchem Falle in der Regel so die Unwiderruflichkeit[35] wie der Fortbestand der Ermächtigung trotz der Konkurseröffnung der Sachlage allein entsprechend.[36] Dies anzuerkennen, ist nicht im Widerspruch mit den Grundsätzen des Konkursrechts. Denn hier steht nicht zur Frage, ob Geschäfte des Gemeinschuldners weiter durch die von ihm bestellten oder durch die Organe der Masseverwaltung zu besorgen seien (oben zu a), bezw. (oben zu b) ob der in Konkurs verfallene Mandatar noch weiter fremde Geschäfte besorgen dürfe. Was hier vorliegt, ist vielmehr, daß eine Rechtseinräumung[37] noch vor der Konkurseröffnung stattgefunden

[32] Vgl. oben S. 440 f.

[33] Vgl. oben S. 675 und 688 f.

[34] Beispiele oben § 91 N. 46.

[35] Vgl. oben S. 687 f.

[36] Für das von ihm so genannte „Zahlungsmandat" (§ 83 N. 15) von Krainz I S. 364 hervorgehoben, obgleich allerdings die Behauptung, daß der „Auftrag zu Gunsten Dritter" nach § 1019 auch schon vor Verständigung des Dritten unwiderruflich sei, sehr bedenklich erscheint (vgl. oben S. 634), während umgekehrt Slg. 1533 mit Unrecht selbst nach dieser Verständigung noch § 1024 anwenden will (vgl. oben S. 689).

[37] Eine Erörterung, ob solche Einräumung der Vertretungsmacht zu eigenem Recht eine „Verfügung" in dem Sinne des neuen deutschen Rechts (Sohm Der Gegenstand S. 7 ff.) durch Übertragung eines „Gestaltungsrechts" (Seckel Festgabe für Koch S. 205 ff.) ist, wäre für den Bereich des ABGB., dem derartige feine Begriffsabmessung ferne liegt, müssig. Jedenfalls kann man dort, wo die Vertretungsmacht dem Interesse des Ermächtigten selbst dient, davon sprechen, daß demselben ein Recht (ein „Kann-Recht" nach Zitelmann, vgl. oben § 61 N. 5) gegeben, eine Art „Zuwendung" gemacht

hat; und wie in allen sonstigen Beziehungen, so muß (vom Anfechtungsrechte abgesehen) die Gläubigerschaft auch hier die Rechtslage akzeptieren, so wie sie sich im Augenblicke der Konkurseröffnung darstellt. Anders ausgedrückt: Der „Machthaber", der nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des „Machtgebers" von der ihm in seinem eigenen Interesse gewährten Verfügungsmacht Gebrauch macht, besorgt nicht mehr das Geschäft des Machtgebers oder seiner Konkursmasse, sondern sein eigenes.[38] Damit erscheint aber die aufgestellte These auch gegenüber dem anscheinend durchschlagenden Texte des § 1024 gerechtfertigt. Denn — abgesehen davon, daß er, wie die einschlägigen Normen des ABGB. überhaupt, nur an die Fälle denkt, wo Vollmacht und Auftrag zusammentreffen — spricht er nur den „im Namen" des Gemeinschuldners unternommenen Rechtshandlungen die Rechtskraft ab, d. h. im Sinne des Gesetzes Rechtshandlungen, die sich als Geschäftsbesorgung für den Machtgeber, „für Rechnung" desselben,[39] darstellen; über Akte, welche nichts anderes sind als Ausübung eines bereits vor der Konkurseröffnung erworbenen eigenen Rechts des „Machthabers" enthält § 1024 nichts.

11. Verlust der Geschäftsfähigkeit.

a) Nachfolgende Geschäftsunfähigkeit des Mandanten, gleichviel ob völlige Handlungsunfähigkeit (infolge Geisteskrankheit) oder beschränkte Verpflichtungsfähigkeit (infolge Prodigalitätserklärung),[40] berührt nicht den Fortbestand von Auftrag und Vollmacht, so wenig wie sonst Verpflichtungen oder Verfügungen durch späteren Verlust der Geschäfts- oder Dispositionsfähigkeit hinfällig werden.[41] Eine positive diesbezügliche Vorschrift aber zwingender Natur, wie sie § 1024 für den Fall des Konkurses,[42] oder

sei, durch welche von dem Rechte des Ermächtigers „etwas auf den anderen Teil kommt" (Bekker Pand. II S. 211); und deshalb steht die Ermächtigung für den Fall der Konkurseröffnung auf einer Linie nicht mit vorher eingegangenen Verpflichtungen, sondern mit vorher vollzogenen Veräußerungen des Gemeinschuldners.

[38] Bezw. im Falle des Konkurses des Ermächtigten handelt es sich nicht um die Fähigkeit zur Besorgung eines fremden Geschäfts durch den Kridar.

[39] Oben S. 456.

[40] Dem würde es bei vererblichem Mandat (§ 1022) gleichstehen, wenn an die Stelle des Machtgebers ein Kind oder ein Minderjähriger als Erbe tritt; siehe dazu unten N. 46.

[41] Vgl. Hupka S. 384. Auch die unten N. 42 erwähnte Entscheidung Slg. 2598 anerkennt dies, aber ohne daraus die richtigen Konsequenzen zu ziehen. Vgl. jetzt auch § 12 Abs. 2 Scheck-Ges.

[42] PrLR. I 13 § 196, Code civ. Art. 93, ungar. Entw. § 1674 verfügen allerdings die Erlöschung des

auch nur eine Auslegungsregel, wie sie jetzt das deutsche BGB. § 672 gibt,[43] fehlt im ABGB. — und das wird kaum als eine Lücke des Gesetzes empfunden werden. Insoweit die Geschäftslage durch das Dazwischenkommen des Verlustes der Handlungsfähigkeit des Mandanten tatsächlich geändert erscheint, genügt, um dem Rechnung zu tragen, das nunmehr durch den gesetzlichen Vertreter (Kurator) des Mandanten auszuübende Recht des Widerrufs und von der anderen Seite das Kündigungsrecht des Mandatars. Für die Prozeßvollmacht ist nun durch § 35 ZPO. ausdrücklich die Fortdauer trotz Verlustes der Verpflichtungsfähigkeit der Partei verfügt.[44]

b) Was Geschäftsunfähigkeit des Mandatars betrifft — das ABGB. schweigt auch über diesen Fall[45] — ist zu unterscheiden.

Auftrags (der Vollmacht) durch die Geschäftsunfähigkeit des Machtgebers; ebenso wohl das römische Recht: L. 48 de acqu. v. ommitt. her. 29, 2. — Die Gleichstellung des Eintritts von Geschäftsunfähigkeit des Machtgebers mit der Konkurseröffnung, bezw. der Analogieschluß von letzterer auf erstere, wie bei Scheidlein Handb. II S. 452, Grünhut S. 389, Pollitzer Österr. Handelsrecht S. 599, Randa Österr. Handelsrecht I S. 206, Staub-Pisko Komm. I S. 174, ist kaum berechtigt. Daß von dem Momente der Konkurseröffnung an der Machtgeber nicht mehr durch andere als die gesetzlichen Organe der Masseverwaltung vertreten werden könne (s. oben S. 705), beruht darauf, daß hier dritte Personen, in deren Interesse diese Verwaltung zu führen ist — die Gläubigerschaft — geschützt werden sollen; das ist eine ratio, aus der noch lange nicht gefolgert werden kann, daß auch von dem Momente des Verlustes der Eigenberechtigung der Kurand in seinen Geschäften nur mehr durch den Kurator vertreten werden könne, wie die Entscheidung Slg. 2598 und Krainz II S. 289 N. 14 argumentieren. Eben deshalb kann auch aus der Gleichstellung der Kuratelverhängung mit der Konkurseröffnung über einen Gesellschafter in § 1210 kein Argument für den hier erörterten Fall entnommen werden. Auch das von der französischen Jurisprudenz aufgestellte Prinzip (cf. Pothier Nr. 111, Guillouard p. 544), „que tout changement d'état qui rend le mandant incapable de conférer le mandat qu'il a donné met fin au mandat", ist in dieser Allgemeinheit gewiß nicht zutreffend; noch weniger wohl die Berufung auf die Rechtslogik, welche ergeben soll, daß nach Erlöschen der Willensfähigkeit des Mandanten der Mandatar nur mehr „dem Körper nach", aber ohne „Seele" für ersteren handeln würde, so Gesterding Alte und neue Irrtümer S. 210 f.

[43] § 672 BGB. läßt den Auftrag „im Zweifel" durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers nicht erlöschen (dagegen Art. 403 Schweiz. Obl. R.: Der Auftrag erlischt, „sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist . . .", während die Vollmacht nach Art. 42 unbedingt erlischt); aber mich dünkt, es wird schwer fallen, dieser Regel gegenüber aus der Parteiabsicht irgend welche Anhaltspunkte dafür zu finden, ob der Auftrag die Handlungsfähigkeit überdauern solle oder nicht — s. nur etwa die praktisch unbedeutenden Fälle unten N. 46.

[44] Vgl. auch § 343 Abs. 2 EO.

[45] Ebenso hier das deutsche BGB. § 673, was z. B. von Planck Komm. II S. 421, Dernburg II 1 S. 376 dahin gedeutet wird, daß die Geschäftsunfähigkeit dem Tode des Beauftragten gleichzustellen sei; siehe aber dagegen Hupka S. 384 N. 1, Ortmann zu § 673 S. 407. — Anders das PrLR. und der Code civ. a. a. O.

Wird der Machthaber völlig handlungsunfähig (Wahnsinn), so erlischt Vollmacht und Auftrag. Denn der Natur der Sache nach setzt der Auftrag zur Besorgung fremder Geschäfte, folgeweise daher auch die diesem Zwecke dienende Ermächtigung, Willensfähigkeit des zum Organe der Geschäftsführung Bestellten voraus. Eine Übertragung derselben auf den gesetzlichen Vertreter des zu dieser Funktion untauglich gewordenen Mandatars würde dem Prinzipe des § 1010 widersprechen.[46] Aber auch der, theoretisch immerhin mögliche, Gedanke, daß Vollmacht und Auftrag an sich fortbestehe und nur deren Gebrauch für die Dauer der Handlungsunfähigkeit des Machthabers tatsächlich gehemmt erscheine,[47] würde einen für den Auftraggeber viel zu bedenklichen Zustand der Unsicherheit ergeben, als daß er praktisch anerkannt werden dürfte.[48]

Bloße Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit (Prodigalitätserklärung) des Mandatars hat an sich nicht das Erlöschen des Mandatsverhältnisses zur Folge[49] — nicht vom Standpunkte der „Vollmacht" und Ermächtigung, da solche zweifellos (nach § 1018) auch dem nicht Verpflichtungsfähigen rechtswirksam gegeben sein kann; — nicht vom Standpunkte des „Auftrags", da dessen Ausführung durch die Kuratelverhängung nicht schlechthin unmöglich gemacht erscheint. Die Besorgung bleibt möglich, soweit es sich um rein persönliche Dienstleistung des Mandatars handelt, aber auch — arg. § 1018 — soweit Rechtsgeschäfte in Frage kommen, die er „in offener Vollmacht" mit direkter Stellvertretungswirkung besorgen soll. Ja sogar indirekte Stellvertretung in Erfüllung des vorher gültig übernommenen Auftrags ist nach der bonorum interdictio dem Mandatar mit Zustimmung seines Kurators immer noch möglich.[50] Schwierigkeiten, die

[46] S. oben S. 607. — Anderseits bietet gerade § 1010, der ja die Ausschließung der Substitutionsbefugnis nur als Dispositivnorm ausspricht, den Anhaltspunkt dafür, anzuerkennen, daß die Vollmacht und Ermächtigung, falls sie im Interesse des Machthabers gegeben erscheint, als definitive Rechtseinräumung (vgl. oben N. 37) so wie unwiderruflich, so auch unberührt bleiben muß durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Ermächtigten — so z. B. die auch „auf den Sterbefall" (§ 1022) gegebene Vollmacht in rem suam, wenngleich der Erbe des Machthabers handlungsunfähig sein sollte (oben N. 40).

[47] So Hupka S. 383 f.

[48] Vgl. das oben S. 707 f. über die Wirkung der Konkurseröffnung Gesagte.

[49] Das „versteht sich von selbst": Hupka S. 383 N. 3, vgl. auch Kirchstetter S. 528 N. 6. Nicht zutreffend meint dagegen Schollmeyer S. 125, der Auftrag müsse erlöschen, weil der Geschäftsunfähige „nicht mehr die Absicht, für den Auftraggeber zu handeln, haben kann".

[50] Wenn auch vielleicht erschwert, vgl. Treitschke a. a. O. S. 65, Mann S. 38.

sich in der einen oder anderen Richtung ergeben mögen — vom Gesichtspunkte des Mandanten oder der gesetzlichen Vertretung des Mandatars — ist auch hier wieder zur Genüge begegnet durch das Recht des Widerrufs des Ersteren und der Kündigung der Letzteren.[51]

§ 94.

Besonderer Betrachtung bedarf zum Schlusse noch die Frage, ob und wie die vorstehend behandelten Endigungsgründe wirken

A. im Falle einer **Mehrheit** von Auftraggebern oder Beauftragten.[1]

α) Bei gemeinschaftlicher Beauftragung durch mehrere Mandanten kommt es auf das zwischen diesen obwaltende Verhältnis an.

Ist es lediglich ein Zusammentreffen ihrer Interessen, das mehrere Personen bestimmt, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, so liegt zwar gemeinschaftlicher Auftrag, nicht aber eine Gemeinschaft des aufgetragenen Geschäftes vor: der Mandatar besorgt nicht ein Geschäft mehrerer Genossen, sondern, trotz der praktischen Vereinigung in der Ausführung, ebenso viele Geschäfte der einzelnen Mandanten.[2] Und daraus folgt, daß nun Widerruf, Tod oder Konkurs des einen Auftraggebers[3] den Machthaber nicht von der Verpflichtung entbindet, dem Interesse des Anderen noch weiter durch Fortsetzung der Geschäftsbesorgung zu dienen; dem Anderen gegenüber bleibt das Mandatsverhältnis bestehen. Dasselbe gilt von der Aufkündigung, die der Mandatar natürlich allen seinen Mandanten geben kann, die aber, wenn er sie nur dem Einen von ihnen erklärt, sein Verpflichtungsverhältnis zu den Anderen nicht löst.

[51] Deshalb aber den Auftrag als eo ipso „stillschweigend widerrufen" zu betrachten, wie Buchner S. 129, ist kein Grund vorhanden.

[1] In dieser Richtung entscheidet nicht einfach, ob aktive, resp. passive Korrealität zwischen den mehreren Mandanten oder Mandataren besteht (vgl. übrigens unten 3), denn es handelt sich hier nicht um Schuld und Forderung, sondern um die Aufhebung der Haftung, und auch im Korrealitätsverhältnis kann die Lösung des Obligationsbandes zweifellos auch nur für oder gegen den einen Korreus stattfinden (§§ 894 und 895); bedenklich daher die Argumentation aus Art. 269 HGB. bei Grünhut S. 370 und 380, vgl. auch unten N. 5. Nur für die (aus Widerruf oder Kündigung) etwa sich ergebende Ersatzpflicht (§§ 1020 und 1021) kann allerdings die solidarische Haftung aus dem Vertrage in Betracht kommen (§ 1303).

[2] Man denke z. B., daß mehrere Personen, die an demselben entfernten Orte verschiedene voneinander ganz unabhängige Geschäfte zu besorgen haben, lediglich in der Absicht, Kosten zu sparen, sich vereinigen, um einen Machthaber dahin zu entsenden.

[3] Erlöschungsgründe aus der Person des Mandatars Tod, Konkurs wirken natürlich allen Mandanten gegenüber.

Anders, wenn eine Rechtsgemeinschaft zwischen den mehreren Mandanten besteht;[4] der gemeinsame Mandatar erscheint dann als Geschäftsführer einer Personengemeinschaft, und von der Natur dieser letzteren hängt die Wirkung der Aufhebungsgründe des Mandates ab.[5] Ist der in der Person des einen Genossen eingetretene Aufhebungsgrund so geartet, daß er die Gemeinschaft auflöst, so macht er auch dem Auftrag (und der Vollmacht) für die Gemeinschaft, d. i. für alle Auftraggeber ein Ende — arg. § 1023.[6] So regelmäßig bei der societas des bürgerlichen Rechtes der Tod eines von zwei Gesellschaftern (§ 1206);[7] hatte jedoch die Gesellschaft nach dem Vertrage auch mit den Erben fortzubestehen (§ 1206) oder für die mehreren überlebenden Gesellschafter (§ 1207), so bleibt auch Vollmacht und Auftrag des gemeinsamen Mandatars aufrecht. Was aber Widerruf und Aufkündigung betrifft, so können diese mit Wirkung für alle Genossen nur von demjenigen, bezw. an denjenigen erklärt werden, der für die Gesellschaft vertretungsbefugt ist,[8] in Ermangelung besonderer Bestimmungen also — arg. § 836 — nur von der „Mehrheit der Stimmen" gegeben, bezw. angenommen werden.[9]

β) Hat der Auftraggeber mehrere Mandatare mit derselben Geschäftsbesorgung betraut, u. zw. unabhängig von einander, so

[4] Nicht bloß Gemeinschaft des Auftrags, sondern Gemeinschaft des aufgetragenen Geschäfts, „affaire commune" (Code civ. Art. 2002). Im übrigen muß es sich nicht gerade um Gemeinschaft eines subjektiven Rechts handeln; es gibt auch „Gemeinschaft" von Pflichten (vgl. das amtl. Reg. zum ABGB. h. v. und oben § 82 N. 16; die Bemerkung von Binder Die Korrealobligation S. 506 N. 58 trifft nicht zu, und der Auftrag kann sich auf die Ausführung solcher gemeinsamer Verpflichtungen der Mandanten beziehen.

[5] Es läßt sich also nicht allgemein sagen, gemeinsames Mandat könne nur gemeinsam widerrufen werden; dagegen mit Recht Troplong Nr. 719 und 739, vgl. auch PrLR. I 13 § 216: „Welche Wirkung es . . . habe, wenn einer (von den Machtgebern) stirbt oder die Vollmacht widerrufen will, ist nach den Regeln vom gemeinsamen Eigentum zu beurteilen" (woraus freilich Dernburg Pr. R. II S. 528 folgert, daß „mehrere Machtgeber gemeinschaftlich widerrufen müssen"?).

[6] „Vollmachten werden durch die Erlöschung der Gemeinschaft aufgehoben"; daß das ABGB. dabei, entsprechend seiner nicht scharfen Sonderung zwischen juristischer Person und societas (§ 26) — s. Krainz I S. 200 —, auch an die letztere Art von „Gemeinschaft" denkt, lehrt z. B. der Kommentar von Zeiller zu § 1023.

[7] Anders der Konkurs eines der Genossen, welcher nach § 1210 die Gesellschaft nicht ipso jure auflöst, sondern den anderen nur ein Recht auf Ausschließung gibt — hier also folgerichtig nur das Recht des Widerrufs der gemeinschaftlich erteilten Bevollmächtigung.

[8] Vgl. Immerwahr D. Kündigung S. 79.

[9] Vgl. Slg. 7343. Unverständlich Kirchstetter S. 527: „Bei mehreren Machtgebern, selbst wenn diese nur gemeinsam zu handeln berechtigt wären (Kollektivzeichnung) genügt der Widerruf eines einzelnen".

entstehen, wie oben § 82 b) β) gezeigt wurde, ebenso viele selbständige Auftragsverhältnisse, „bloß solidarische" Verpflichtungen; Erlöschungsgründe in der Person des einen Mandatars — Tod, Konkurs, Aufkündigung des Einen, Widerruf gegenüber dem Einen — können daher als solche den Auftrag (und die Vollmacht) des Anderen nicht berühren.

Desgleichen aber auch bei gemeinschaftlicher Auftragsübernahme, wenn der Auftrag den Sinn hatte, jedem der Mandatare für sich allein die volle Haftung für die Geschäftsführung — Korrealhaftung (oben § 82 a) α) — aufzuerlegen. Das Ausscheiden des Einen aus der Verpflichtung, sei es durch Tod oder Konkurs oder durch Kündigung oder Widerruf, „kommt den übrigen nicht zu statten" (§ 894). Nur, was den Widerruf betrifft, durch welchen der Mandant dem einen der Mandatare gegenüber den Auftrag zurücknimmt, ist allenfalls der Vorbehalt zu machen: Der andere Mandatar, der davon erfährt, hätte sich zu fragen, ob etwa dieser Widerruf nicht bloß „in personam", sondern als Ausdruck der Absicht des Mandanten aufzufassen sei, das aufgetragene Geschäft überhaupt aufzugeben. Wenn das zutrifft, hat auch dieser andere Mandatar mit der Geschäftsführung innezuhalten — nicht als ob der dem Anderen erklärte Widerruf auch sein Auftragsverhältnis auflöste, aber weil seine Treue- und Diligenzpflicht in solchem Falle ihm gebietet, das Interesse seines Mandanten durch Einholung neuer Weisungen zu wahren.[10]

Desgleichen endlich, wenn der gemeinschaftliche Auftrag auf geteilte Geschäftsführung (oben § 82 a) γ) ging. Wo jedem der Mandatare sein selbständiges Tätigkeitsfeld vorgezeichnet ist, besteht in diesem Gebiete seine Gestionspflicht an sich fort, mag auch die des Mitbeauftragten auf dessen Gebiete durch Tod, Konkurs, Widerruf oder Aufkündigung erloschen sein — freilich auch hier wieder mit dem, aus der Diligenz- und Treuepflicht sich ergebenden Vorbehalte: Der Mandatar wird beurteilen müssen, ob die Fortsetzung seiner Tätigkeit auf dem ihm zugewiesenen Gebiete nicht einstweilen oder endgültig gegen das Interesse des Auftraggebers ist, sobald die Geschäftsführung auf dem Nachbargebiete abgebrochen ist.[11]

Liegt hingegen ein Kollektivauftrag (Kollektivvollmacht) vor (oben § 82 a) β), eine Geschäftsführung also, die der eine Mandatar

[10] Vgl. oben S. 685.

[11] Vgl. oben S. 619.

dem Auftrag gemäß nur gemeinsam mit dem anderen besorgen darf und kann (§ 1011), so muß notwendig mit dem Auftrag und der Vollmacht des Einen auch der Auftrag des Anderen erlöschen, weil dessen Ausführung unmöglich geworden ist.[12] Das gilt ohne Unterschied für alle Erlöschungsgründe, insbesondere auch für den Widerruf gegenüber dem einen Mandatar. Allerdings könnte dieser an sich vom Mandanten so gemeint sein, daß er nur den einen Machthaber aus der Kollektivpflicht und Ermächtigung entlassen, dem anderen gegenüber Auftrag und Ermächtigung aufrecht erhalten wolle; allein dem Letzteren gegenüber würde das nicht lediglich eine Belassung in seiner Rechtsstellung bedeuten, sondern auch, und vor allem eine Vergrößerung seiner Bürde und Verantwortlichkeit — denn ein Geschäft allein besorgen ist ein anderes, als es gemeinsam mit einem anderen beraten und vollführen — mit anderen Worten: ein neuer Auftrag, dessen Annahme oder Ablehnung nun erst dem früheren Kollektivmandatar freistehen muß.[13]

§ 95.

In anderer Weise kommt für die Frage der Endigung des Mandatsverhältnisses eine Mehrheit von Beauftragten in Betracht

B. im Falle der Intervention von **Substituten oder Gehilfen** des Mandatars. Um dieser Frage gerecht werden zu können, gilt es vor allem, den an früherer Stelle (oben § 81) betonten Unterschied festzuhalten.[1]

α) Durch die Bestellung eines „Substituten" im eigentlichen Sinne des Wortes scheidet der (erste) Mandatar aus dem Mandats-

---

[12] Slg. 647: Erlöschen durch den Tod des einen Mandatars; cf. Troplong Nr. 742: „Ce décès empêche le concours simultané qui était la condition du mandat"; vgl. oben § 82 N. 9 und 10.

[13] S. oben S. 554.

[1] Der schwankende Sprachgebrauch unserer Literatur und Gesetzgebung (vgl. oben § 81 N. 1) bezeichnet mit dem Namen eines „Substituten" nicht bloß zwei wesentlich verschiedene Arten der vom Mandatar zugezogenen Hilfspersonen, sondern auch noch eine dritte Art, nämlich den vom Mandanten selbst dem Mandatar beigegebenen „Substituten" (s. PrLR. I 13 §§ 182 und 183, woran offenbar auch der bei Zeiller III S. 301 erwähnte „von dem Machthaber willkürlich ernannte Stellvertreter" anklingt). Dieser „Substitut" steht in keinem Auftragsverhältnis zu dem ersten Mandatar, sondern nur zu dem (ersten) Mandanten, als ein Mandatar, der „in zweiter Linie einzutreten hat" (Dernburg Pr. R. II S. 528). Auf dies Verhältnis bezieht sich natürlich das im Texte über die Aufhebungsgründe Gesagte nicht; namentlich hat der Widerruf des Auftrags des ersten Mandatars hier zweifellos nicht das Erlöschen, sondern im Gegenteil das Aktuellwerden des Auftrags des „Substituten" zur Folge.

verhältnisse aus und, von ihm auf Grund seiner Ermächtigung zur Substitution durch diese begründet, besteht nun nur ein Mandatsverhältnis — zwischen dem Substituten und dem (ersten) Mandanten (oben § 81 d).[2] Daraus ergibt sich, daß als Erlöschungsgründe überhaupt nur noch solche in Betracht kommen können, die zwischen den Personen des (ersten) Mandanten und des Substituten spielen, nicht aber solche, die die Person des (ersten) Mandatars oder sein Verhältnis zu dem von ihm beauftragten Substituten betreffen.[3] Also: Auftrag und Vollmacht des Substituten erlöschen durch Tod oder Konkurs des (ersten) Mandanten, während Tod oder Konkurs des (ersten) Mandatars irrelevant sind, und nur ein dem Substituten erklärter Widerruf des (ersten) Mandanten, sowie eine Kündigung des Substituten gegenüber diesem, kann das Verhältnis aufheben, während Widerruf oder Kündigung zwischen Substituten und Substituenten bedeutungslos wären.[4] Nicht so einfach liegt die Sache

β) bezüglich zugezogener „Gehilfen" des Mandatars i. e. S. Da besteht in der Tat eine dreifache Rechtsbeziehung — zwischen Mandanten und Mandatar, Mandatar und Gehilfen, Gehilfen und Mandanten — und gilt es, die Bedeutung der Erlöschungsgründe für jede der drei Seiten dieses juristischen Dreiecks zu prüfen. Zu diesem Behufe aber muß, auf die Gefahr hin, etwas umständlich zu werden,

---

[2] Anders bei indirekter Stellvertretung (kaufmännischer Kommission), wo auch das Weitergeben des Auftrags „im eigenen Namen" erfolgt (s. oben § 81 N. 52). Indes ist es auch da nicht ausgeschlossen, daß der Kommissionär zugleich Vollmacht habe, die Kommission im Namen des Kommittenten einem anderen zu übertragen, in welchem Falle dann allerdings er selbst ausscheidet und ein direktes Kommissionsverhältnis zwischen dem (ersten) Kommittenten und dem substituierten Kommissionär entstünde, vgl. auch Grünhut S. 321 N. 17.

[3] Vgl. oben § 81 N. 53.

[4] Weil der „substituierende" Mandatar, dessen Rolle mit der Substitution dem Mandanten gegenüber ausgespielt ist (s. oben S. 604), gar nicht mehr in der Lage ist (— es wäre ihm denn eine spezielle, neue Widerrufsvollmacht erteilt — über das Vollmachts- und Auftragsverhältnis des Substituten zum Mandanten zu verfügen. Für den „Substituten" in diesem eigentlichen Sinne des Wortes trifft es daher weder zu, daß die Bevollmächtigung des Substituten durch Widerruf des (ersten) Mandanten gegenüber dem (ersten) Mandatar aufgehoben werde (so Zeiller III S. 301, Rippel VII S. 106, Winiwarter IV S. 229, Kirchstetter S. 528 u. A.), noch auch, daß die Aufhebungsgründe „zwischen dem Substituenten und dem Substituten" ebenso wirken, wie zwischen Mandanten und Mandatar (so Krainz I S. 332). Auch was Hupka S. 362 f. im Anschluß an Mitteis a. a. O. S. 197 ausführt, hat seine Richtigkeit nur für den „Gehilfen" i. e. S. (unten β), während die Rechtslage bei der eigentlichen „Substituierung" die (von Hupka S. 357 f. treffend geschilderte) einer Auftrags- und Vollmachtserteilung durch den Mandatar im Namen des Prinzipals ist, vgl. auch Slg. 14951.

wieder die Frage für Vollmacht, Ermächtigung und Auftrag (in dem oben § 61 dargelegten Sinne) besonders gestellt werden — überall unter der Voraussetzung, daß die Zuziehung des „Gehilfen" eine erlaubte, d. i. dem Auftrag entsprechende ist.[5]

Vorerst die „Vollmacht" betreffend: Handelt es sich um eine Geschäftsführung in direkter Stellvertretung für den Mandanten, also einen Auftrag, durch welchen dem Mandatar Vollmacht (Vertretungsmacht) gegeben ist, und soll der „Gehilfe" zur Ausführung des Auftrags nicht etwa bloß durch tatsächliche Verrichtungen,[6] sondern durch wahre Stellvertretungshandlungen mitwirken, so muß er in seiner Bestellung zugleich die Vollmacht zu direkter Vertretung des Mandatars in der Geschäftsführung für den Mandanten erhalten haben,[7] könnte doch sonst diese Bestellung — zu welcher vorausgesetztermaßen der Mandatar durch den Auftrag ermächtigt ist — ihren Zweck nicht erfüllen. Somit erscheint dieser Gehilfe, soweit es erforderlich, als legitimer Vertreter des Mandatars in der Vertretung des Mandanten: und das bedeutet doch wohl nichts anderes, als daß insoweit unmittelbare Vertretungsmacht des Gehilfen für den Mandanten besteht, eine Vertretungsmacht, deren doppelte Quelle einerseits die vom Mandanten dem Mandatar, anderseits die vom Mandatar dem Gehilfen erteilte Vollmacht bildet.[8] Damit ist aber auch schon gesagt, daß jeder Erlöschungsgrund, der die eine oder die andere dieser Quellen abschneidet, jede Aufhebung, sei es der vom Mandanten dem Mandatar, sei es der vom Mandatar dem Gehilfen gegebenen Vollmacht die Vertretungsmacht des Gehilfen gegenüber dem Mandanten ebenso vernichten muß, wie ein unmittelbar zwischen den beiden Letzteren eintretender Aufhebungsgrund. Hieher gehören somit Tod oder Konkurs des Mandanten, des Mandatars oder des Gehilfen, aber auch Widerruf der Vollmacht des Mandatars durch den Mandanten oder des Gehilfen durch den Mandatar oder unmittelbar durch den Mandanten, sowie Kündigung des Mandatars gegenüber dem Mandanten und des Gehilfen gegenüber dem Mandatar oder unmittelbar gegenüber dem Mandanten. Daß anderseits Aufhebungs-

[5] Daß bei unerlaubter (auftragswidriger) Zuziehung von Gehilfen überhaupt kein Vertragsverhältnis zwischen diesen und dem Mandanten in Frage kommt, ist klar.

[6] Wäre das der Fall, so entstünde (s. oben S. 613) zwischen Gehilfen und Mandatar ebensowenig ein „Bevollmächtigungsvertrag" wie zwischen Gehilfen und Mandanten.

[7] S. oben § 81 N. 48.

[8] Vgl. Krainz I S. 322 f. und dazu oben § 81 N. 46.

gründe, die das Verhältnis zwischen Mandatar und Gehilfen treffen (Tod, Konkurs, Kündigung des Gehilfen), das Vertretungsverhältnis zwischen Mandanten und Mandatar unberührt lassen, bedarf kaum besonderer Betonung.

Was die „Ermächtigung" zum Eingriff in die Geschäftssphäre des Auftraggebers, die „innere Seite" der Bevollmächtigung,[9] betrifft, so ist durch den ersten Auftrag der Mandatar ermächtigt, in das Geschäft des Mandanten einzugreifen, der Gehilfe durch den vom Mandatar erhaltenen Auftrag ermächtigt, in eben diese Geschäftsführung des Mandatars und folgeweise, — da wieder vorausgesetztermaßen die Zuziehung des Gehilfen dem Mandatar durch seinen Auftrag gestattet ist, — auch der Gehilfe insoweit ermächtigt, in die Geschäfte des Mandanten einzugreifen. Aus dem doppelten Auftrag ergibt sich diese Ermächtigung des Gehilfen gegenüber dem (ersten) Mandanten; zunächst also nur die Parallele zu den oben besprochenen Vollmachtsverhältnissen, aber doch, wie sich sofort zeigen wird, mit einer Abweichung in einem wesentlichen Punkte.[10] Allerdings folgt aus dem Gesagten hier wie dort, daß die Ermächtigung des Gehilfen zur Geschäftsführung gegenüber dem ersten Mandanten erlöschen muß in dem Augenblicke, wo aus irgend einem Grunde Auftrag und Ermächtigung, sei es des Mandatars gegenüber dem Mandanten, sei es des Gehilfen gegenüber dem Mandatar, aufgehoben sind, so durch Tod und Konkurs des (ersten) Mandanten oder Mandatars, oder durch Widerruf und Kündigung zwischen diesen. Nicht ebenso steht es mit einem vom (ersten) Mandanten unmittelbar dem Gehilfen erklärten „Widerruf". Die Ermächtigung des Gehilfen beruht, wie bemerkt, darauf, daß der (erste) Mandatar seinerseits zur Heranziehung des Gehilfen ermächtigt war, und diese letztere Ermächtigung kann der Mandant seinem Mandatar nicht ohne weiteres nehmen — so lange er den Auftrag an sich bestehen läßt. Er mag, wenn es ihm beliebt, den ganzen Auftrag samt aller Ermächtigung zur Einmischung in seine Geschäfte dem Mandatar entziehen (und damit fällt, wie oben gesagt, auch die Ermächtigung des Gehilfen); aber Zurückweisung lediglich der Gestionsbefugnis des — auftragsgemäß beigezogenen — Gehilfen wäre dem Mandatar gegenüber nicht ein Widerruf, sondern eine Ab-

[9] Oben S. 436.

[10] Auch dies gerade ein Punkt, wo sich die Unterscheidung von „Vollmacht" und „Ermächtigung" fruchtbar erweist.

änderung, u. zw. regelmäßig eine erschwerende Abänderung des Auftrags, die dem Mandatar ohne seine Zustimmung nicht aufgedrängt werden kann, mit anderen Worten: Die Ermächtigung des Gehilfen kann diesem — so lange der Auftrag zwischen dem Mandanten und Mandatar aufrecht bleibt — nur durch Widerruf des Mandatars entzogen werden.[11]

Damit dürfte nun die Sachlage klargestellt sein nach der Seite des „Auftrags". Bei Zuziehung eines „Gehilfen", im Gegensatz zur Bestellung eines „Substituten", soll und will als Gestionsverpflichteter dem Mandanten gegenüber nach wie vor nur der Mandatar gelten; daß er den Gehilfen in Pflicht nimmt, bleibt eine interne Sache zwischen diesen beiden. Zwischen Mandanten und Gehilfen des Mandatars entsteht ein unmittelbares Vertragsverhältnis überhaupt nicht,[12] es hat sein Bewenden bei den zwei selbständigen Verpflichtungs-(Auftrags-)Verhältnissen — des Mandatars zum Mandanten und des Gehilfen zum Mandatar — deren jedes also grundsätzlich auch nur seine selbständigen Erlöschungsgründe hat. Wenn gewisse objektiv wirkende Aufhebungsgründe beide Auftragsverhältnisse lösen, so ist das sozusagen nur ein Zufall; so, daß Tod oder Konkurs des Mandatars beide aufhebt, weil das für das eine Verhältnis im Sinne des Gesetzes Wegfall des Beauftragten, für das andere Wegfall des Auftraggebers bedeutet. Von Widerruf und Aufkündigung hingegen zwischen Mandanten und Gehilfen des Mandatars kann bezüglich des Auftrags keine Rede sein, da zwischen ihnen eben kein Auftragsverhältnis besteht; und Widerruf oder Kündigung zwischen Mandanten und Mandatar berührt als solche den Bestand des Auftragsverhältnisses zwischen Gehilfen und Mandatar nicht. Ob sie nicht in einer anderen Richtung von Belang werden, bleibt allerdings quaestio facti: Wenn der Gehilfe aus dem ihm vom Mandatar erteilten Auftrag entnommen hat oder entnehmen mußte, daß er lediglich zur Mitwirkung bei Ausführung des vom Mandatar seinerseits übernommenen Geschäftes eines Dritten berufen sei, und wenn er nun erfährt, daß

[11] Nur die Frage könnte allenfalls noch aufgeworfen werden, ob nicht in dem dem Gehilfen gegebenen Verbot weiterer Einmischung ein „stillschweigender" Widerruf des Auftrags gegenüber dem Mandatar selbst erblickt werden müsse (vgl. auch unten N. 13), was aber, wie sich eben aus dem im Texte Gesagten ergibt, gewiß nicht immer der Absicht des Mandanten entsprechen würde.

[12] Nur möglicherweise außerkontraktliche Ansprüche aus dem Titel einer negotiorum gestio oder einer Bereicherung, oder Deliktsansprüche, siehe oben S. 615 f.

dieser letztere Auftrag durch Widerruf oder Kündigung zwischen dem ersten Mandanten und Mandatar erloschen sei, so wird er beachten müssen, daß damit auch der Zweck seines Auftrages aufgehört habe;[13] auch sein Auftrag ist dann erloschen, aber formell nicht durch Widerruf oder Kündigung, sondern durch Vereitlung seiner Ausführung (oben § 90, Z. 2). Und Ähnliches gilt auch noch in anderer Beziehung. Es ist oben (S. 719) gesagt, daß die Vollmacht des Gehilfen ihm auch durch direkten Widerruf des (ersten) Mandanten genommen werden kann. Dieser Widerruf als solcher trifft das Auftragsverhältnis des Gehilfen zum Mandatar nicht; aber unter Umständen ist dem Gehilfen damit die Möglichkeit genommen, die Geschäftsbesorgung, so wie sie ihm vom Mandatar aufgetragen, durchzuführen, also die Folge auch hier wieder Erlöschen des Auftrags des Gehilfen — aber nicht durch Widerruf, sondern durch Unmöglichkeit der Ausführung.

γ) In diesen Zusammenhang gehören auch von dem gesetzlichen Vertreter eines Pflegebefohlenen in Angelegenheiten des Letzteren erteilte Vollmachten und Aufträge; erlöschen sie dadurch, daß der gesetzliche Vertreter aus seiner Stellung ausscheidet?[14] Die Frage wird gerne unter dem Gesichtspunkt einer status mutatio des Geschäftsherrn betrachtet und demgemäß auf eine Linie gestellt etwa mit dem Tode oder dem Konkurs des Machtgebers;[15] für das österreichische Recht wäre die Frage damit bejaht — arg. § 1022 oder § 1024.[16] Allein, das Abtreten des gesetzlichen Vertreters als eine Änderung des Status des von ihm Vertretenen anzusehen, scheint doch jeder inneren Begründung zu entbehren. Der näherliegende und richtigere Gesichtspunkt ist ein anderer. Der Vormund oder Kurator ist — wenn auch nicht durch Bevollmächtigungsvertrag — so doch kraft amtlicher Bestellung Bevollmächtigter und beauftragter Geschäftsführer[17] des Pupillen oder Kuranden. Zieht er zu dieser Geschäftsführung Hilfspersonen bei, so ist dies nichts anderes als der

[13] Vgl. D. Mot. II S. 552 f., ferner Grünhut S. 376 f. Insoweit kann auch direkter Widerruf des Mandanten gegenüber dem Gehilfen (oben N. 11) immerhin die Bedeutung haben, letzteren auf die Sachlage aufmerksam zu machen.

[14] Sei es unter Eintritt eines neuen gesetzlichen Vertreters, sei es (bei erlangter Geschäftsfähigkeit des Pflegebefohlenen) ohne Nachfolger.

[15] Auf diesem Standpunkte scheint auch § 35 ZPO. zu stehen, siehe auch die deutsche ZPO. § 86, dazu L. Seuffert Komm. I S. 145.

[16] Für das deutsche Recht, unter demselben Gesichtspunkte nach § 672 BGB. „in dubio" verneint, vgl. Crome II S. 620.

[17] S. oben S. 431.

vorstehend (zu α und β) behandelte Fall eines „Submandats". Und dem entsprechend ist auch mit Recht als erste die Frage aufgeworfen: Gibt der Vormund oder Kurator Vollmacht und Auftrag an Dritte im Namen des Pflegebefohlenen, so daß er den Dritten zu dessen Vertreter und Geschäftsführer macht, oder bestellt er den Dritten im eigenen Namen zu seinem Vertreter in der Besorgung seiner Amtsgeschäfte?[18] Nur läßt sich diese Frage nicht ein für allemal in dem einen oder anderen Sinne beantworten;[19] vielmehr ist das eine Tatfrage, deren Lösung bald nach der einen, bald nach der anderen Alternative ausfallen muß.[20] In abstracto läßt sich dafür kaum mehr als etwa folgende Andeutung geben. Ist die Sachlage die, daß der Pflegebefohlene als Geschäftsherr, auch wenn er selbst handlungsfähig wäre, gezwungen oder durch sein wohlverstandenes Interesse veranlaßt wäre,[21] für das betreffende Geschäft einen Stellvertreter zu bestellen, so wird die von seinem gesetzlichen Vertreter vorgenommene Bevollmächtigung in dem ersten Sinne gelten dürfen, als Bevollmächtigung und Beauftragung zur Besorgung des Geschäftes des und im Namen des Pflegebefohlenen. Handelt es sich aber um Geschäfte, die der Vormund oder Kurator für den Pupillen oder Kuranden eigentlich selbst zu besorgen hätte, die er aber zu eigener Sicherheit oder eigener Bequemlichkeit mit Hilfe eines Dritten durchführen will, so besorgt er durch den im eigenen Namen Bestellten sein eigenes Geschäft;[22] d. i. die zweite oben erwähnte Möglichkeit.

Damit ist auch die Entscheidung bezüglich des Erlöschens des Auftrags gegeben. Im ersten Falle hat der von dem Vormund oder Kurator bestellte Machthaber die Stellung eines „Substituten" und es kommen die oben (zu α) festgestellten Grundsätze zur Anwendung:[23] Das Vollmachts- und Auftragsverhältnis zwischen dem ersten Mandatar und dem Geschäftsherrn kommt für das dem Substituten über-

---

[18] Dieselben Fragen wiederholen sich bei Vollmachtserteilungen durch Organe juristischer Personen; vgl. nur Slg. 15194.

[19] Wie nach der einen Seite Dernburg Pr. R. II S. 530 (Bürgl. Recht II 2 S. 376 f.): „die vom Vormund bestellten Bevollmächtigten vertreten dessen Person. Daher erlischt ihre Vollmacht mit Endigung dessen Amtes" — nach der anderen Seite Förster-Eccius II S. 380.

[20] Vgl. oben § 81 N. 47.

[21] Z. B. Bestellung eines Advokaten zur Prozeßvertretung im Anwaltsprozeß.

[22] Vgl. die analoge Unterscheidung in den Entscheidungen Slg. 531 und Slg. N. F. 1332 bezüglich der verwandten Frage, ob der gesetzliche Vertreter für Geschäftsführungsakte, die zu seinen Berufsarbeiten (als Advokat) gehören, ein Entgelt in Rechnung stellen dürfe.

[23] Vgl. Hupka S. 357 f.

tragene Geschäft gar nicht mehr in Betracht; ob der bisherige gesetzliche Stellvertreter aus seiner Stellung scheidet oder nicht, ändert nichts an dem Bestande des durch die Substitution unmittelbar zwischen dem von jenem rechtsgültig bestellten Machthaber und dem Pflegebefohlenen begründeten Vollmachts- und Auftragsverhältnisse. Sache des selbständig gewordenen Pflegebefohlenen oder seines neuen gesetzlichen Vertreters bleibt es, wenn nötig, Vollmacht und Auftrag des Machthabers zu widerrufen.[24] Im zweiten Falle ist der von dem gesetzlichen Vertreter Bestellte lediglich dessen „Gehilfe", und was die Endigung seines Auftrages betrifft, gelten die für diesen (oben zu β) entwickelten Normen, wonach im Gegensatze zu dem ersten Falle mit dem Erlöschen von Vertretungsmacht und Auftrag (Amt) des Vormunds oder Kurators auch die nur durch diese vermittelte Vertretungsbefugnis des Beauftragten des Vormundes oder Kurators aufhört und zumeist auch dessen Auftrag als gegenstandslos sein Ende findet.

[24] Für die Prozeßvollmacht ist in § 35 Abs. 2 ZPO. ausdrücklich darauf hingewiesen.

Anhang.

Unentgeltliche Aufträge zu (nicht rechtsgeschäftlichen) Dienstleistungen.[1]

§ 96.

Den unentgeltlichen Auftrag zu Dienstleistungen lediglich tatsächlicher Art — in diesem Sinne soll im Folgenden kurzweg von „Dienstleistung" zum Unterschied von „Geschäftsbesorgung" gesprochen werden — schließt das ABGB., im Gegensatze zum klassischen römischen wie zum modernen deutschen Rechte, aus dem Legalbegriffe des Mandats oder Bevollmächtigungsvertrages aus, s. oben § 62. Ob solche unentgeltliche Aufträge theoretisch zur Kategorie der „Arbeitsverträge" („Dienstverträge") gehören,[2] kann hier unentschieden gelassen werden; so viel steht fest, daß diese Subsumtion de lege lata unzulässig oder doch wertlos wäre. Denn das ABGB. hat jedenfalls Dienst- und Werkverträge ausschließlich unter dem Gesichtspunkte der Dienstleistung „gegen einen gewissen Lohn" (§ 1151), als „Lohnvertrag", oder als „andere entgeltliche Verträge über Dienste" (§ 1173) einer Regelung unterzogen.[3] Somit besteht eine Lücke im Gesetz — wenn anders man nicht etwa behaupten will, die Verpflichtung zu unentgeltlicher Dienstleistung sei Schenkung.[4] Die Unterkunft, die man

[1] Als „Auftrag" im weiteren Sinne — vgl. oben § 60 bei N. 5, § 61 N. 26 — kann der Vertrag über Dienstleistungen nicht rechtsgeschäftlicher Art unbedenklich bezeichnet werden, umsoeher, als das ABGB. den Ausdruck nicht wie jetzt das deutsche BGB. als technischen Namen für das Mandat gebraucht und sprachlich nichts in dem Worte gerade nur auf Geschäftsbesorgung i. e. S. hinweist; das Paradoxon, welches Dniestrzanski S. 293 darin erblickt, vermag ich nicht zu finden. Vgl. auch Isay S. 146 f.

[2] Dagegen vor allen Lotmar Der Arbeitsvertrag I S. 34 f., für das österreichische Recht Schuster S. 65; dafür u. A. Schreiber Der Arbeitsvertrag S. 4f. und 14, Stubenrauch (8. Aufl.) II S. 403, Dniestrzanski S. 314f., Endemann I § 172, Carlebach Die actio mandati S. 31, auch die Reg.-Motive S. 13 zu den unten N. 31 angeführten Entwürfen stehen auf dem Standpunkte, daß „die Entgeltlichkeit durchaus kein Essentiale des Dienstvertrages bildet".

[3] Auch die Überschrift des ganzen 26. Hauptstückes lautet: „Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen".

[4] Vgl. Dniestrzanski S. 303, auch D. Mot. II S. 528. Von diesem

damit diesen Aufträgen verschafft zu haben meinte, wäre freilich für das österreichische Recht keine sehr günstige. Denn, ist die Übernahme des Dienstleistungsauftrags Schenkung, so ist sie eine Schenkung „ohne wirkliche Übergabe" und demgemäß ungültig ohne die Form des Notariatsakts,[5] eine Solennität, deren Beobachtung gerade bei derartigen Verabredungen den Beteiligten meist viel zu umständlich erscheinen würde.[6] Kann man aber wirklich jene Behauptung aufstellen?

Ganz allgemein hält sich die österreichische Jurisprudenz bei Feststellung des Schenkungsbegriffes nicht so sehr an die Worte des ABGB. als an den überlieferten romanistischen Begriff,[7] der ihr der „juristische Schenkungsbegriff als solcher" ist. Demgemäß steht ihr vorweg fest, 1. daß die Schenkung an sich jede beliebige Form liberaler Zuwendung von Vorteilen umfaßt, an sich also nicht bloß Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten oder Befreiung von Lasten, sondern auch Einräumung des Gebrauches oder der Nutzung von Sachen, sowie endlich irgend welche Dienstleistungen, wobei sich aber 2. als das spezifische Merkmal des eigentlichen (engeren) Schenkungsbegriffes überall nur das darstellt, daß sich in irgend einer Form eine Vermögensaufopferung von der einen, eine Vermögensbereicherung auf der anderen Seite vollziehe.[8] Was den ersten Punkt

Standpunkte müßte man, ähnlich wie das oben § 27 S. 200 f. für die Gebrauchsleihe ausgeführt ist, sagen, die unentgeltliche Übernahme von Dienstleistungen sei der Gattung nach Schenkung, nur seien gewisse Spezialfälle im Gesetze als eigener Vertragstypus ausgestaltet, nämlich die „Geschäftsbesorgung" als „Bevollmächtigungsvertrag", die „Obsorge über Sachen" als „Verwahrungsvertrag". So in der Tat im wesentlichen die älteren Kommentare Zeiller III S. 154 f., Nippel VI S. 211, Winiwarter IV S. 116 f. Wenn nun Schöninger Die Leistungsgeschäfte S. 71 f. den Grund der Ausscheidung von Mandat und Kommodat aus dem Gebiete der Schenkung darin finden will, daß erstere (im Gegensatze zu letzterer!) lediglich auf Freundschaft und Gefälligkeit beruhen und deshalb überhaupt außerhalb der Geschäftssphäre stehen, so entspricht das der Auffassung des Lebens gewiß nicht.

[5] Nach dem Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 76 RGBl., bezw. ohne „schriftliche Urkunde" nach § 943.

[6] Praktisch käme das also nahezu auf dasselbe Ergebnis (der Unklagbarkeit) hinaus wie die Bestimmung des PrLR., s. unten S. 730.

[7] Siehe hauptsächlich Unger II S. 189 ff., Krainz I S. 339 f., Stubenrauch II S. 128, Frankl Die Formerfordernisse der Schenkung S. 7 f. Und doch ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß für die Begriffsabgrenzung der Römer andere Motive maßgebend waren (Verbot der donatio inter virum et uxorem!) als für unser heutiges Recht (Formvorschriften und Widerruf!), s. Hofmann Grünhuts Ztsch. VIII S. 287, vgl. auch Bormann „Geschäftsbesorgung" (Dissert. 1901) S. 16.

[8] Siehe die in der vorigen Note zitierten Schriftsteller, die dann zumeist aus diesem Grunde der unentgeltlichen Dienstleistung die Natur der Schenkung absprechen — wie das jetzt auch (wenngleich nicht ganz ohne Widerspruch, siehe Dernburg Bürgl. Recht II 1 S. 118 f., Schöninger a. a. O. S. 69 ff. und 105 ff.) für das Recht

betrifft, so kann man sich immerhin darauf berufen, daß die Legaldefinition des § 938, wenn sie „eine Sache" als Objekt der Schenkung bezeichnet, bei dem bekannten weiten Sachbegriff des Gesetzes (§ 285) in der Tat jenes ganz unbegrenzte Gebiet von Zuwendungen umfasse. Von dem zweiten, für die übliche Abgrenzung dann geradezu entscheidenden, Merkmale steht aber im Gesetze selbst nichts! Man würde daher besser tun, hier wie überall, mehr dem Gesetze als der Begriffsjurisprudenz das Wort zu lassen, und demgemäß das Schwergewicht eben auf den ersten Punkt zu legen und die Frage so zu stellen: Was kann nach der Begriffsbestimmung des § 938 — „ein Vertrag, wodurch eine Sache jemandem unentgeltlich überlassen wird" — Gegenstand der Schenkung sein?

Nun ist es zwar richtig, daß das Wort „Sache" im ABGB. jene ganz weite Bedeutung hat, und daß das Gesetz darunter alle „körperlichen" und „unkörperlichen" Sachen zu begreifen pflegt, unter letzteren gelegentlich auch „Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten" (§ 303).[9] Allein nicht immer und überall ist der Ausdruck in diesem vagen Sinne gebraucht;[10] und es ist zu behaupten, daß er gerade im § 938 zwar neben den körperlichen auch die „unkörperlichen Sachen" umfasse, aber letztere doch nur in der näher bestimmten Bedeutung, an welche das Gesetz bei Aufstellung dieses Begriffes ex professo denkt (§ 292), nämlich „Rechte" im Gegensatze zu „in die Sinne fallenden Sachen". Darauf führt schon die grammatische Auslegung; denn „überlassen" kann man nach allgemeinem, sowie nach dem vom ABGB. durchweg festgehaltenen Sprachgebrauch Sachen und Rechte, allenfalls auch den Gebrauch von Sachen und Rechten,[11] während man Dienste „leistet" oder „besorgt,[12] aber nicht

des deutschen BGB. gelehrt wird von Cosack I S. 488 f., Hachenburg Dienstvertrag und Werkvertrag S. 16, Lotmar a. a. O. S. 87 f. N. 2 u. A., vgl. namentlich auch Planck Komm. zu § 516.

[9] Über den guten Kern dieser, allerdings zu mancher Unklarheit verführenden alten Begriffsbestimmung, die auf der Gleichsetzung von „Sache" und „Rechtsobjekt" basiert und die vielleicht für gewisse ganz moderne Fragen, wie das Recht an „Elektrizität", nicht zu unterschätzen ist), näher zu handeln, wäre hier nicht am Ort.

[10] Vgl. z. B. § 535, wo „Sache" und „Recht", und namentlich § 1431, wo „Sache" und „Handlung" einander gegenübergestellt sind.

[11] Vgl. § 315 („ein Recht oder eine Sache überläßt"), dann §§ 319, 427, 922, 1045, 1053, 1122, 1164, 1257 oder §§ 664, 1394 (Überlassung einer Forderung), oder §§ 521, 633, 1103 (Überlassung zur Nutzung), § 520 (Überlassung im Sinne des Verzichts); — daß die naturrechtliche Auffassung in jeder Verpflichtung eine Rechts-Übertragung erblickte (s. Krainz I S. 339 N. 4), steht damit nicht in Widerspruch.

[12] Vgl. §§ 778, 1312 („geleistete Dienste"); §§ 1162, 1193 („geleistete

„überläßt". So bleibt die unentgeltliche Dienstleistung von vorneherein schon außerhalb des gesetzlichen Kreises der Objekte der Schenkung[13] nach § 938. Mit anderen Worten, der Schenkungsvertrag ist stets Veräußerungsgeschäft[14] im eigentlichen Sinne. Und das ist auch wirtschaftlich richtig. Trotz des öfters begegnenden Wortes von der „Arbeit als Ware"[15] bleibt doch der Kontrast der zwei Elemente der Güterproduktion, Sachgut und Arbeit, ein zu tiefer, als daß er auf dem Boden des Rechtes durch Gleichstellung von Geschäften des Gütertausches und Arbeitsverträgen welcher Art immer verwischt werden könnte;[16]

Arbeiten"); dann §§ 142, 514, 1002 ff. („Besorgung").

[13] Richtig hier Schuster S. 70: „Dem Gegenstande nach kann sich die Schenkung nicht auf persönliche Dienstleistungen beziehen". — Wenngleich man auch von dem Standpunkte der herrschenden Lehre (s. oben N. 8) zu der Ausschließung der unentgeltlichen Dienstleistungen vom Begriffe der Schenkung gelangt, so ist der Gegensatz doch nicht gleichgültig, weil von jenem Gesichtspunkte aus das doch nur als die „Regel" (vgl. nur Savigny Syst. IV S. 35 f., Krainz I S. 341) behauptet wird, und immer noch die nicht leicht zu entscheidende Frage übrig bleibt, ob im konkreten Falle die „Dienstleistung" nicht doch eine Vermögensaufopferung von der einen und eine Bereicherung auf der anderen Seite, also „eine wahre Schenkung" darstelle.

[14] Es kann hier darauf hingewiesen werden, daß das, was § 440 „Überlassung" einer Sache (s. oben N. 11) nennt, in der Parallelstelle § 430 als „Veräußerung" einer Sache bezeichnet ist. Dabei ist das „Veräußerungsgeschäft" allerdings nicht ganz in dem Sinne von Savigny a. a. O. § 145 (vgl. auch Stubenrauch, 1. Aufl., zu § 938) genommen, sondern in der Bedeutung des nun aus dem BGB. von der neuesten deutschen Jurisprudenz entwickelten Begriffes des „Verfügungsgeschäfts", s. Sohm Der Gegenstand S. 7 ff.

[15] S. z. B. Brentano Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht (1877) S. 182 ff. Ihm folgt Schreiber a. a. O. S. 1, der infolgedessen (S. 4) den Arbeitsvertrag zu den „Veräußerungsgeschäften" zählt. (Wenn auch auf sozialistischer Seite vom „Arbeitsmarkt" oder von der Arbeitskraft als „Vermögen des Proletariers" gesprochen wird, vgl. Verkauf im Österr. Staatswörterbuch I S. 150, so mag das eher ironisch zu verstehen sein); s. dagegen treffend Lotmar a. a. O. S. 7: Die Arbeit ist „nichts, das zur Habe einer Person gehören kann, da es vielmehr ihrem Sein entspringt". Deshalb scheint mir auch für die theoretische Nationalökonomie diejenige Schule im Recht zu sein, welche die persönlichen Dienstleistungen nicht als „Güter" und demgemäß nicht als Objekte des Güterverkehrs betrachtet, siehe nur (gegen C. Menger Grundsätze der Volkswirtschaftslehre I S. 5 ff., Böhm-Bawerk Rechte und Verhältnisse S. 30 ff.) Neumann in Schönbergs Handbuch der politischen Ökonomie I S. 148 ff., Philippovich Grundr. der politischen Ökonomie (5. Aufl.) I S. 6, der allerdings S. 301 in die Ausdrucksweise der Gegner verfällt, wenn er den Arbeitsvertrag als „Überlassung der Arbeitskraft" charakterisiert (s. dazu oben N. 12 und 13).

[16] Wenigstens für die moderne Auffassung, die nicht mehr so wie das römische Recht die Lohnarbeit als Überrest von Sklaverei behandelt und daher auch den Lohnvertrag nicht mehr bloß als eine Spielart von locatio conductio; s. darüber nur W. Endemann Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht (1896) S. 8 ff., auch Fr. Endemann I S. 1078 f. Dieser tiefe Unterschied zwischen der Arbeit und „anderen Waren" kommt natürlich auch bei Brentano a. a. O. zur Geltung, obgleich er darauf besteht, den Arbeitsvertrag als „Verkauf auf Lieferung"

deshalb können Dienste und Arbeiten im Rechtssinne ebensowenig „verschenkt" wie „verkauft" werden.[17]

Alles dies wird durch die Herkunft des § 938 voll bestätigt. Der Urentwurf (WgalGB. III § 50) hatte, wörtlich mit obigem Ergebnisse übereinstimmend, gelautet: „Ein Vertrag, wodurch eine Sache oder ein Recht unentgeltlich übertragen[18] wird, heißt eine Schenkung . . .". Und über das Verhältnis zur unentgeltlichen Dienstleistung konnte dort nicht der leiseste Zweifel aufkommen, da der vorausgehende § 49[19] deutlich die drei Arten von Verträgen sonderte: Unentgeltliche Zusicherung einer Sache, eines zeitlichen Gebrauchs, einer Dienstleistung — von welchen dann die erste unter dem Namen der Schenkung in diesem 2. Hauptstücke, die zweite als Leihvertrag in dem 3. und die dritte unter der Rubrik „Empfehlungs- und Hinterlegungsverträge" im 4. Hauptstücke abgehandelt waren. Wenn bei der Redaktion des ABGB. an jener Stelle (§ 938) die Worte „oder ein Recht" weggelassen wurden, so geschah das nur zur stilistischen Vereinfachung, „weil unter dem allgemeinen Ausdruck ‚Sache' auch die unkörperliche oder das Recht schon begriffen sei",[20] nicht im entferntesten aber, um den Umfang des Schenkungsbegriffs zu erweitern, so daß darin auch die unentgeltliche Dienstleistung Platz finden könnte. Allerdings war gerade diese im Gegensatze zu den Entwürfen im ABGB. nun auch aus dem Mandatsbegriffe ausgeschieden. Aber bei dieser Grenzregulierung war es überhaupt nicht der unentgeltliche Auftrag, der zu denken gab, sondern nur das jetzt rezipierte entgeltliche Mandat, für welches die Scheidung gegenüber dem Lohnvertrag durch die Beschränkung auf Dienstleistungen rechtsgeschäftlicher Art gefunden

(S. 268 f.) zu konstruieren. Insoweit hat sich selbst unser ABGB. von der anachronistischen Lehre emanzipiert, indem es den systematischen Zusammenhang zwischen Lohnvertrag und Miete gelöst hat, der noch im WgalGB. III § 263 festgehalten war (dort hieß es: „So wie man den Gebrauch fremder Sachen gegen bestimmte Zinsen erhält, so kann man auch persönliche Dienste und Arbeiten gegen einen gewissen Lohn im Gelde bestehen").

[17] So auch Förster-Eccius II S. 304. Die entgegengesetzte Behauptung von Dankwardt S 97 und Nationalökonomie und Jurisprudenz II S. 46ff. beruht auf der in der vorigen Note zurückgewiesenen Auffassung. — Etwas ganz anderes ist natürlich der wirklich donandi causa, d. h. unter Verzicht auf den Regreß wegen Kosten und Schäden übernommene Auftrag, vgl. Unger II S. 220, Tuhr Actio de in rem verso S. 30 und oben § 85 N. 10.

[18] Die Änderung des Wortes „übertragen" in „überlassen" hat, wie sich aus Oiner II S. 24f. ergibt, mit der hier erörterten Frage nichts zu tun.

[19] Der dann mit Recht weggelassen wurde, „da er bloß doktrinell" sei, Oiner II S. 24.

[20] Oiner II S. 24.

werden mußte.[21] Auf die Übernahme unentgeltlicher Dienste bloß faktischer Natur war dabei nicht gedacht — oder, wenn man will, vergessen. Und so blieb hier die Lücke im Gesetz.[21a]

Eine Lücke, d. h. es sind das nun Lebensverhältnisse, für welche das Gesetzbuch keine Normen gibt, die Normen daher vom Richter gefunden werden müssen — nicht etwa Verhältnisse, denen das Gesetz Anerkennung und Geltung versagt.[22] Darin unterscheidet sich das ABGB. von dem ihm sonst vorbildlichen PrLR., welches zunächst die Abgrenzung zwischen Mandat und Dienstmiete in derselben Weise vornimmt, jene Lücke aber durch die negative Norm ausfüllt (I 11 § 872): „Ist (für die übernommene Handlung) gar keine Vergütung bestimmt, so ist der Vertrag ohne rechtliche Wirkung, und es kann auf dessen Erfüllung nicht geklagt werden".[23] Das Schweigen des ABGB. in diesem negativen Sinne zu deuten, dazu liegt weder ein Anhaltspunkt in den Worten und dem Zusammenhange des Gesetzes, noch ein innerer Grund vor. Dabei muß allerdings eines bemerkt sein. Unentgeltliches Zurverfügungstellen von Dienstleistungen kommt, so wie die Gestattung eines Sachgebrauches, gewiß nicht selten als ein lediglich „bittweises" vor — eine Gefälligkeit, die überhaupt nur Freundes- oder Gesellschaftspflichten erzeugen, aber rechtlich unverbindlich, „kein wahrer Vertrag" (§ 974) sein soll. So geartete Aufträge sind in der Tat „ohne rechtliche Wirkung", nicht weil das Gesetz ihnen die Anerkennung versagte, sondern weil sie überhaupt außerhalb des Rechtsgebietes stehen.[24] Aber ebenso gewiß wird so manche Zu-

[21] S. oben S. 426 ff.

[21a] Ein ähnliches Problem fehlt übrigens auch der Anwendung des deutschen BGB. — trotz der anscheinend scharfen Abgrenzung zwischen „Auftrag" und „Dienstvertrag" durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit — nicht; denn infolge der Einführung des Elements der „Geschäftsbesorgung" in den Begriff des ersteren im § 662 (vgl. oben S. 451 f.) mußte hier die Frage zu Zweifeln führen, ob es neben dem Auftrag des § 662 noch — lediglich nach Analogie zu behandelnde — unentgeltliche nicht auf „Geschäftsbesorgung" gerichtete „Aufträge" gebe, siehe Crome II S. 628, Lotmar a. a. O. S. 128 f. und 281, Cosack I S. 542, Bormann a. a. O. S. 16 f., Endemann I S. 1082, vgl. auch oben § 62 N. 32.

[22] Durch deren Beurteilung als (wie immer) rechtswirksam der Richter also „in Wahrheit nicht eine Lücke ausfüllen", sondern einen „negativen Satz des Gesetzes ändern" würde, siehe Zitelmann Lücken im Recht S. 17 ff. Zu der Lehre von den Rechtslücken vgl. jetzt Rumpf Gesetz und Richter S. 151 ff.

[23] S. Dernburg Pr. R. II S. 559, Förster-Eccius II S. 304 f., Tophoff Gruchots Beitr. XVII S. 829; abweichend faßt die Stelle auf Koch III S. 530, Röser in Gruchots Beiträge VII S. 509, nicht richtig auch Dniestrzanski S. 303.

[24] Vgl. Schreiber a. a. O. S. 5 f., Crome II S. 628; darin liegt, wie Dernburg Pr. R. II S. 559 N. 6 mit Recht bemerkt, eine „teilweise Rechtfertigung" der oben berührten Bestimmung des PrLR. I 11 § 872.

sage unentgeltlicher Dienstleistung mit dem vollen Bewußtsein und Ernste rechtlichen Verpflichtungswillens gegeben.[25] Wann das Eine, wann das Andere zutrifft, muß von Fall zu Fall geprüft werden.

Ist nun der in diesem Sinne ernst gemeinte unentgeltliche Auftrag zu Dienstleistungen ein gesetzlich nicht geregeltes, aber auch gesetzlich nicht zurückgewiesenes Rechtsverhältnis, so gilt es, die Normen für dasselbe auf dem Wege der Analogie zu finden.[26] Daß man dabei füglich nur vor der Wahl steht: Analogie des Bevollmächtigungsvertrages oder Analogie des Lohnvertrages, bedarf keiner weitläufigen Begründung; hat doch die bisherige Erörterung deutlich die Stellung der unentgeltlichen „Dienstleistungen" auf dem neutralen Boden zwischen jenen beiden im Gesetze scharf umrissenen Gebieten gezeigt.

Die Entscheidung wird zu Gunsten der Analogie des Bevollmächtigungsvertrages ausfallen müssen. Bevor dies begründet wird, bedarf es aber nach einer Richtung noch einer Klarstellung, durch welche der Abstand gegenüber gegenteiligen Meinungen praktisch wesentlich verringert wird, deren Außerachtlassung aber auch hauptsächlich die Ursache sein dürfte, warum von mancher Seite die unentgeltliche Dienstleistung ohne weiteres dem Gebiet des Lohnvertrages zugewiesen wird.[27] Was über die Analogie zwischen dem Auftrag zu Dienstleistungen und dem Mandat gesagt ist und noch zu sagen sein wird, gilt nur für den im vollen und wahren Sinne des Wortes unentgeltlichen Dienstvertrag. Aber nicht jede Vereinbarung über solche Dienste verdient diesen Namen schon deshalb, weil kein „gewisser Lohn", sei es „im Gelde" (§ 1151), sei es in anderen „Sachen oder Handlungen" (§ 1173),[28] ausbedungen ist. Wirkliche Unentgeltlichkeit besteht nur dort, wo für den Vertrag über

[25] Als typischer Fall dieser Art kann der gelten, daß ein Bediensteter oder Beamter eine nicht zu seinen Dienstobliegenheiten gehörige Arbeit übernimmt; diese fällt außerhalb des Bereiches des Lohnvertrages, ist also als unentgeltlicher Auftrag übernommen — so richtig Slg. 8245, eine Entscheidung, die dann aber mit Unrecht das Verhältnis als Bevollmächtigungsvertrag behandelt und auch sonst bedenklich ist (s. unten § 97 N. 2). Ein anderes Beispiel einer zweifellos ernstlich rechtsverbindlich gemeinten Zusage, der unentgeltlichen Mitwirkung bei einer künstlerischen Veranstaltung, s. bei Schreiber a. a. O. S. 5.

[26] Wenn anders man nicht gesonnen ist, in solchen Fällen sofort schrankenlos „freier Rechtsfindung" nachzugehen — worüber einige Bemerkungen oben § 76 N. 78 ff.

[27] S. z. B. Dniestrzanski S. 303 f. und die oben N. 2 angeführten Schriftsteller.

[28] Wie z. B. beim „Lehrvertrage", der mit Recht allgemein zu den wahren (entgeltlichen) Arbeitsverträgen gezählt wird, s. Lotmar a. a. O. S. 35 und 692 f.

die Dienstleistung ausschließlich oder doch überwiegend nur das Interesse des Empfängers der Dienste bestimmend (causa obligandi) ist. Wo sich aber im Vertrage die Interessen beider Teile gleichberechtigt gegenüberstehen, da findet in der Tat die zugesagte Dienstleistung auch ihren Rechtsgrund in dem schon durch die Annahme derselben befriedigten Interesse desjenigen, der die Dienste zu leisten sich erbietet; insoweit also Dienst und Gegendienst! Hieher gehört der nicht nur am häufigsten als Beispiel angeführte, sondern auch praktisch wichtigste Fall sogenannter „unentgeltlicher" Dienstleistung, das Verhältnis des „Volontärs" in kaufmännischen oder irgendwelchen sonstigen Betrieben. Daß der Volontär nicht bloß den moralischen, sondern den praktischen, wirtschaftlichen Lohn für seine „freiwillige" Dienstleistung in der Dienststellung selbst findet,[29] weil sie ihm die Gelegenheit gibt, zu lernen oder Erfahrungen zu sammeln, oder auch nur vermöge der Tatsache, daß er längere Zeit in dieser Stellung verbleibt, ihm die Aussicht auf die Erlangung einer anderen Stellung eröffnet, kurz, daß Dienst und Gefälligkeit nicht allein auf seiner Seite sind,[30] zeigt sich zur Genüge darin, daß er bekanntlich gar oft um seine Aufnahme als „Volontär" bittet und bitten muß. In diesem und ähnlichen Fällen liegt also im Sinne des Gesetzes in der Tat ein „entgeltlicher Vertrag über Dienste" (§ 1173) vor, oder doch, wenn man Bedenken trüge, sie direkt dort einzureihen, zweifellos ein Verhältnis, welches in der allernächsten Verwandtschaftsbeziehung zu den im Gesetze genannten entgeltlichen Dienstverträgen steht, und daher seine Analogie bei diesen und nicht im Gebiete des unentgeltlichen Mandats zu suchen hat — ein Gesichtspunkt, der nun auch in den Regierungsentwürfen für ein Gesetz betreffend den Dienstvertrag der Handelsgehilfen zur Geltung gekommen ist.[31]

[29] In diesem Punkte scheint mir Lotmar a. a. O. S. 35 und 135 ff. die „Entgeltlichkeit" zu formalistisch zu verstehen; richtiger hier Staub Komm. § 59 Anm. 7, Stubenrauch II S. 404. Daß dem Volontär (wie übrigens auch dem Lohnarbeiter überhaupt) ein Anspruch auf wirkliche Entgegennahme seiner Dienste nicht zukommt (Reißmann GH. 47. Jahrg. N. 7 S. 62) steht mit dem im Texte Gesagten nicht im Widerspruch; vgl. oben S. 687.

[30] Wollte man also überhaupt nur von „Gefälligkeit" reden, so müßte geradezu behauptet werden, es liege solche auf beiden Seiten vor, aber eben eine gegenseitig „bedungene" Gefälligkeit, und damit ist — i. § 942 — die Unentgeltlichkeit geleugnet.

[31] Im Gegensatze zu dem neuen deutschen HGB. § 59 (s. über diese Entwürfe, Nr. 1103 und 1104 d. Beil. d. Protok. d. Abg. H. v. J. 1902, Reißmann GH. 47. Jahrg. Nr. 6 ff., Bloch Das Recht der Handelsangestellten) erblicken die Motive (s. Erl. Bemert. S. 13) nach „Umständen des einzelnen Falles" in der „Möglichkeit sich auszubilden" das „Entgelt" für den Volontär, wobei sie dies allerdings damit

Somit bleibt zur Untersuchung nur der wahrhaft unentgeltliche Auftrag zu Dienstleistungen nicht rechtsgeschäftlicher Art, dessen causa also nicht zugleich die Erlangung einer Dienstesstellung bildet. Für diese aber ist, wie gesagt, die Analogie des Bevollmächtigungs- nicht des Lohnvertrages maßgebend.

Dahin drängt vor allem historische Auslegung. Seit jeher, und bis in das letzte Stadium der Kodifikationsarbeiten, war unentgeltliche Dienstleistung jeder Art das Feld des Mandatsvertrages. Wenn schließlich durch die Umgestaltung des gesetzlichen Mandatsbegriffes im Sinne des „Bevollmächtigungsvertrages" im ABGB. die unentgeltliche Übernahme nicht rechtsgeschäftlicher Besorgungen aus dem Umfange dieses Begriffes hinausfiel, so geschah dies, wie bereits oben (S. 729) angedeutet ist, nicht etwa so, daß die unentgeltliche Dienstleistung weiter weggerückt wurde in der Richtung des Lohnvertrages. Nur die Peripherie des Kreises des Mandates wurde — zum Zwecke der Klärung des Verhältnisses zwischen entgeltlicher Dienstleistung und entgeltlicher Geschäftsbesorgung — enger gezogen; der Auftrag zu unentgeltlicher Dienstleistung blieb stehen, wo er stand. Infolgedessen stand er jetzt allerdings, statt innerhalb des einen, zwischen den beiden Kreisen; aber die Distanz bis zum Lohnvertrag ist die alte geblieben, während er vom Mandat nur durch die neue Grenzlinie geschieden ist. Schon deshalb liegt für seine Beurteilung die Analogie des Bevollmächtigungsvertrages näher als die des Lohnvertrages.

Ebendahin führt deduktive Untersuchung der Begriffe. Denn es wird sich kaum leugnen lassen, daß der Abstand zwischen einem essentiell unentgeltlichen Vertrag — wie es der hier in Frage stehende Auftrag ist — und einem naturaliter unentgeltlichen Vertrag — wie es der Bevollmächtigungsvertrag des ABGB. noch immer ist — doch a priori erheblich geringer erscheint, als der zwischen einem essentiell unentgeltlichen und einem essentiell entgeltlichen — wie es der Lohnvertrag ist.[32] Oder auch minder formalistisch

---

stützen zu können glauben, daß die Entgeltlichkeit gar nicht zu den Essentialien des Lohnvertrages gehöre, siehe oben N. 2.

[32] Dabei ist zu beachten, daß eine Reihe charakteristischer Normen, die das ABGB. vom römischen Mandat trotz des geänderten Begriffes übernommen hat, nach der auch zur Zeit der Kodifikation herrschenden Auffassung (wenn auch vielleicht nicht mit Recht, s. oben § 60 Zus.) gerade aus der Unentgeltlichkeit des mandatum abgeleitet wurden; vgl. dazu Petrazycki Die Lehre vom Einkommen II S. 442 f.

ausgedrückt: Die den Bevollmächtigungsvertrag, das mandatum des ABGB. charakterisierende causa der „stellvertretenden Geschäftsbesorgung" fehlt allerdings dem auf nichtjuristische Dienstleistung gerichteten Auftrage, in dieser Beziehung scheint daher letzterer dem Lohnvertrage näher zu stehen.[33] Allein das, was jener Mandatskausa ihr rechtliches Gepräge gibt und die aus ihr abgeleiteten Rechtssätze beherrscht, die völlige Unterordnung unter das Interesse des Auftraggebers, das kehrt doch auch bei der unentgeltlichen Übernahme der Pflicht zu anderen Diensten wieder, während hier anderseits gerade das Element fehlt, welches wirtschaftlich und rechtlich den Stoff zur eigenartigen Gestaltung des entgeltlichen Arbeitsvertrages bildet: der Kampf und die Vermittlung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers.[34]

Die letzte Probe für das hier Gesagte kann freilich nur die induktive Betrachtung liefern, welche zeigt, daß und inwieweit die Normen des Bevollmächtigungsvertrages dem Wesen des unentgeltlichen Dienstauftrages entsprechen und besser entsprechen als die des Lohnvertrages.[35] Mit voller Genauigkeit aber wird sich dies, da es sich eben nur um analoge Anwendung handelt, immer nur nach den Umständen des Einzelfalles feststellen lassen. Abstrakt kann bloß, wie in dem folgenden Paragraphen, eine orientierende Übersicht über Hauptfragen gegeben werden.

§ 97.

1. Zu den augenfälligsten Zügen des Bevollmächtigungsvertrages gehört es, daß die Geschäftsbesorgung auf Rechnung[1] und **Gefahr** des Mandanten geht; und es ist oben (§ 86) ausgeführt, wie das ABGB.

---

[33] Siehe Steinbach Rechtsgeschäfte der wirtschaftl. Organisation S. 6.

[34] Dies namentlich gegen Dniestrzanski S. 293.

[35] Eine unparteiische Vergleichung ist einigermaßer erschwert dadurch, daß das ABGB. gerade in seinen Bestimmungen über den Lohnvertrag unleugbar rückständig ist (Stubenrauch II S. 403, Verkauf a. a. O. S. 148), ganz im Gegensatze zu gewissen Bestimmungen über das Mandat (siehe Unger Jahrb. f. d. Dogm. XXXIII S. 333 f.) — praktisch also ein Grund, im Zweifel lieber die Analogie des Mandats und nicht des Lohnvertrages walten zu lassen.

[1] Wie überhaupt alle folgenden Ausführungen nur mit dem Vorbehalt gelten, daß nicht die Auslegung des Parteiwillens im besonderen Falle zur Ausschließung bestimmter Rechtsfolgen des Mandatsverhältnisses führt, so mag insbesondere die Zusage unentgeltlicher Dienstleistung unter Umständen sogar als Verzicht auf den Ersatz der Auslagen zu deuten sein, vgl. Crome II S. 628 N. 57, dazu oben § 96 N. 17.

die volle Konsequenz aus diesem Gedanken zieht, indem es dem Mandanten, ohne jede Rücksicht auf ein Verschulden seinerseits, schlechthin den Ersatz jedes mit der Erfüllung des Auftrags verbundenen Schadens des Mandatars auferlegt — § 1014 — ja sogar darüber hinaus eine gewisse billige Vergütung für „nur zufälligen" Schaden — § 1015. Soll das etwa nicht zutreffen für denjenigen, der unentgeltlich andere „Dienstleistungen" übernimmt; soll dieser die Gefahr selbst tragen bloß deshalb, weil er nicht „Vertreter" des Auftraggebers ist?[2] Soll er auf die engherzigen Bestimmungen des Gesetzbuches über den Lohnvertrag verwiesen sein, die darauf hinauslaufen, daß der Arbeitgeber nur für solche Unfälle, die auf sein Verschulden zurückzuführen sind, dem Arbeitnehmer haftet?[3] — Die analoge Anwendung von § 1014 und § 1015 scheint vielmehr durchaus zulässig und geboten zu sein.[4]

2. Auch die **Vorschußpflicht** des Auftraggebers nach § 1014, die dem Mandatar für bevorstehende Auslagen Deckung sichert, entspricht zweifellos der Natur jeder unentgeltlichen „Dienstleistung" geradeso wie der auf „Geschäftsbesorgung" i. e. S. gerichteten, während aus den Grundsätzen des Lohnvertrages (§ 1156), der höchstens eine teilweise Vorauszahlung des Lohnes kennt,[5] ein eigentlicher Anspruch des Beauftragten auf solchen Impensenvorschuß kaum abzuleiten wäre.

3. Die freie **Widerruflichkeit**, wie sie § 1020 für den Bevollmächtigungsvertrag festsetzt, wurzelt zwar in der Eigenart der Stellung des Mandatars als juristisches Organ des Mandanten,[6] welche dem lediglich mit „Dienstleistungen" Beauftragten fehlt. Allein abgesehen davon, daß sie historisch doch auch gerade an die Unentgeltlichkeit des klassischen Mandats als „officium" anknüpft,[7] ist die Anerkennung der Widerruflichkeit eines jeden solchen Auftrags, bei welchem der Beauftragte kein eigenes Interesse an dem Fortbestande des Verhältnisses hat, ebenso begreiflich, wie es unverständlich wäre, in solchem Falle so wie bei dem auf Gegenseitigkeit beruhenden Lohnverhältnisse vor-

[2] Vgl. den Fall Slg. 8245, bei dessen Entscheidung einerseits irrigerweise der Auftrag geradezu als „Bevollmächtigungsvertrag" aufgefaßt wurde, statt nur die analoge Anwendbarkeit des § 1014 zu prüfen, andererseits aber die Grenzen der in diesem § 1014 statuierten Haftung des Auftraggebers allzu enge gezogen wurden, vgl. oben § 86 N. 21.

[3] Vgl. Stubenrauch II S. 417 f.

[4] Gerade umgekehrt behauptet Kohler Bürgl. Recht II 1 S. 392, ein derartiger Satz „ließe sich nicht sittlich und nicht rechtlich begründen" (?).

[5] Siehe Stubenrauch II S. 427, Krainz II S. 258; anders freilich Zeiller III S. 499.

[6] S. oben S. 681.

[7] S. oben § 91 N. 7.

zeitige „Verabschiedung" nur aus „rechtmäßigen Gründen" (§ 1160) zu gestatten.[8] Um so wichtiger und richtiger erscheint die Unterstellung des auf reine „Dienstleistung" gerichteten Auftrags unter die Mandatsnorm des § 1020, als der Beauftragte vermöge dieser für Kosten und Schaden „der Zwischenzeit" auf alle Fälle gedeckt bleibt, während ihm als „Arbeiter" im Sinne des § 1160 (Schlußsatz) wieder nur unter der Voraussetzung eines Verschuldens des Bestellers an der „Unterbrechung der Arbeit" diesbezüglich Ersatz gesichert wäre.[9]

4. Nicht so unbedenklich erscheint die Analogie der Mandatsnormen betreffend die **Aufkündigung** von Seite des Beauftragten (§ 1021). Es ist oben betont worden, daß sich aus der Unentgeltlichkeit des Mandats und aus dessen Charakter als Freundesgeschäft (officium) noch durchaus nicht die jederzeitige Kündbarkeit der einmal gegebenen Zusage folgern läßt, daß vielmehr nach dem Standpunkte unseres Gesetzes diese Kündbarkeit — nach Belieben, aber auf Gefahr des Machthabers[10] — sich aus der eigentümlichen Vertrauensstellung erklärt, die der Machthaber auszufüllen hat, gerade aus dem Punkte also, in welchem sich der Bevollmächtigungsvertrag von dem Auftrag zu bloß faktischer Dienstleistung scheidet. Dennoch wird man sich m. E. über dies Bedenken hinwegsetzen müssen. Denn historisch und praktisch sind Kündbarkeit und Widerruflichkeit von jeher so sehr als Gegenstücke betrachtet, daß man sich kaum entschließen wird, auf die hier in Rede stehenden Aufträge nur in letzterer, nicht auch in ersterer Beziehung die Normen des Bevollmächtigungsvertrages anzuwenden.

5. Die regelmäßige Auflösung durch den **Tod** des einen oder anderen Teiles — § 1022 — entspricht dem Wesen der unentgeltlichen Dienstzusage, weil diese nicht minder wie die Übernahme einer Geschäftsbesorgung in aller Regel ein durchaus persönliches Element enthält, während die entgegengesetzte Dispositivnorm des § 1162 in der Tat nur auf ein Geschäftsverhältnis wie das des Lohnvertrages zugeschnitten ist.

---

[8] Ausdrücklich sei wiederholt, daß alles dies natürlich nur von der wahrhaft unentgeltlichen Dienstleistung gilt, im Gegensatze zu der unbesoldeten Dienstesstellung des „Volontärs" u. A. (s. oben S. 732); vgl. dazu Petrazycki Lehre vom Einkommen II S. 366 f. A. M. vermöge seiner bereits oben (§ 96 N. 2) zurückgewiesenen Auffassung vom Wesen des „Arbeitsvertrages" Dniestrzanski S. 293 N. 2.

[9] Vgl. Schreiber a. a. O. S. 36.

[10] Oben S. 693.

6. Die Vorschrift des § 1003 betreffend die **Antwortpflicht** (oben S. 520) der „Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt" sind, kann grundsätzlich auch für Aufträge zu unentgeltlicher „Dienstleistung" gelten, d. h. sinngemäß für solche Personen, die öffentlich eben zu unentgeltlicher Dienstleistung bestellt sind.[11] Daß dieser Rechtssatz gerade nur für den Bevollmächtigungsvertrag des § 1002 ausgesprochen ist, erklärt sich daraus, daß dort, wo es sich um Geschäftsbesorgung i. e. S., um Rechtshilfe handelt, am allerersten der Gedanke und die Sorge des Gesetzgebers rege wurde,[12] daß derjenige, welcher sich an den öffentlich für solche Vertrauensstellung Empfohlenen wendet, mindestens unverzüglich Antwort erhalte.[13] Aber der Gedanke selbst reicht weiter. Dahingestellt, ob er nicht auch noch darüber hinaus ausgedehnt zu werden verdiente: Gewiß ist er ebenso wahr, wo unentgeltliche Hilfeleistung nicht juristischer Art von dazu öffentlich Berufenen begehrt wird. Gerade hier, und wegen der ihm in Aussicht gestellten Unentgeltlichkeit, wendet sich der Bedürftige vertrauensvoll an jenen, und sein Vertrauen soll wenigstens insoweit nicht getäuscht werden, daß er nicht über Gewährung oder Nichtgewährung des Beistandes im Ungewissen bleibe.[14]

7. Was die **Diligenz** bei Ausführung des Auftrages anbelangt, so geben die Normen des Bevollmächtigungsvertrages (§ 1009) zunächst nur allgemeine Grundsätze wieder, wie sie nach dem Gesetze für alle Verpflichtungen ohne Unterschied zwischen entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen maßgebend sind, so namentlich auch für den Lohnvertrag. Auch über die **Substitutionsbefugnis** verfügt das Gesetz

[11] Die praktische Bedeutung dieses Satzes ist allerdings, soweit amtliche Bestellung zu unentgeltlicher Dienstleistung in Frage kommt, nicht sehr groß, weil diese zumeist nur so zu verstehen sein wird, daß der Bestellte „auf Ansuchen eine amtliche Tätigkeit zu entfalten hat, nicht aber, daß er in ein privatrechtliches Auftragsverhältnis zu dem Antragsteller treten soll" (Planck Komm. zu § 663 N. 2), doch ist letzteres nicht ganz unerhört (vgl. § 3 der Instruktion für die k. k. Hof-Agenten v. 1. November 1798, JGS. Nr. 449, auf welche Zeiller III S. 270 hinweist). Ferner ist daran zu denken, daß hier namentlich auch Personen in Betracht kommen, die nicht als Beamte von Staat oder Gemeinde, sondern etwa von Privat-Vereinen zur Hilfeleistung „öffentlich bestellt" sind (Rechtskonsulenten eines Rechtshilfevereines, Ärzte eines Krankenvereines, Wohnungsvermittler eines Verschönerungsvereines u. dgl., vgl. Ortmann S. 395 f.), endlich, daß die „öffentliche Bestellung" im Sinne des § 1003 erweiternd ausgelegt werden muß, so daß sie auch Personen trifft, die sich selbst öffentlich zu einem Berufe bekennen, s. oben § 74 N. 14.

[12] S. Zeiller III S. 271.

[13] Vgl. oben § 76 N. 14.

[14] Vgl auch für das deutsche Recht Crome II S. 628 N. 56; allerdings ist mit Recht bemerkt, Planck a. a. O., daß die Bedeutung des § 663 BGB. hauptsächlich in seiner Ausdehnung auf Dienstverträge durch § 675 liegt.

für den Bevollmächtigungsvertrag (§ 1010) nicht anders als für den Lohnvertrag (§ 1161).[15] In diesen Beziehungen wäre also das Ergebnis nicht verschieden, möchte man sich für die Analogie des einen oder des anderen Verhältnisses bei der Beurteilung der Aufträge zu „Dienstleistungen" entscheiden.

8. Eine andere Bewandtnis hat es mit der besonderen **Treuepflicht** (oben § 76 Z. 1) des Mandatars. Kann diese in der Tat nur darauf zurückgeführt werden, daß der Machthaber sich durch die Annahme des Auftrags zum rechtlichen Organ der Interessen seines Mandanten gemacht hat, so würde die Übertragung dieser Treuepflicht auf den zu bloß faktischen Diensten Beauftragten hier lediglich eine Steigerung der gewöhnlichen Diligenzpflicht[16] bedeuten, für die in dem Wesen der übernommenen Leistung ein tieferer Grund nicht zu finden wäre. Folgerungen aus dieser „fides" für die unentgeltliche Übernahme von „Dienstleistungen" im Gegensatze zu „Geschäftsbesorgung" wären daher nicht am Platze. Insbesondere die Bestimmung des § 1013, die ohnehin singulärer Natur ist,[17] leidet hier keine analoge Anwendung.

9. Keine Anwendung findet ferner die **Rechnungslegungspflicht** (§ 1012) des Mandatars;[18] denn sie setzt Eingänge und Ausgaben für Rechnung des Auftraggebers voraus, also eine Besorgung, die an sich schon über das Gebiet der rein tatsächlichen Dienstleistung hinausgeht.

10. Auch der Satz, daß der **Konkurs** des Mandanten oder Mandatars die Erlöschung des Vertragsverhältnisses zur Folge hat (§ 1024), kann nicht hieher gezogen werden. Für diese Analogie fehlt es, um mit dem ABGB. (§ 7) zu sprechen, an der „Verwandtschaft der Gründe". Der Grund des 1. Satzes des § 1024, den Konkurs des Auftraggebers betreffend, ist der, daß es vom Augenblicke der Konkurseröffnung ab keine anderen als die Organe der Konkursverwaltung geben kann und darf, welche über das Vermögen des Kridars zu verfügen ermächtigt sind;[19] für Aufträge aber, wie sie hier vorausgesetzt sind, vermöge deren der Beauftragte überhaupt nicht als

[15] Vgl. oben S. 606 und S. 608 N. 24.

[16] Während es sich bei der „Treuepflicht" des Machthabers, wie oben S. 531 gezeigt ist, in der Tat nicht lediglich um eine erhöhte Diligenz, sondern um einen besonderen Inhalt der Verpflichtung aus dem Auftrage handelt.

[17] S. oben S. 533, vgl. auch oben S. 504.

[18] Vgl. dazu oben § 80, Zus.

[19] Oben S. 705.

Organ rechtlicher Verfügungen aufzutreten hat, kommt dies nicht in Betracht.

Für den Fall des Konkurses des Beauftragten zieht der 2. Satz des § 1024 nicht minder nur eine Konsequenz aus der Stellung des Machthabers als rechtlichen Organes des Machtgebers, indem er zum Schutze des Letzteren ex lege die Ermächtigung des Ersteren als zurückgenommen betrachtet,[20] sobald derselbe sich durch die Konkurseröffnung als des besonderen Vertrauens nicht mehr würdig erwiesen hat, wie es die geschäftliche Vertretung fremder Interessen erfordert: ein Gesichtspunkt, der wieder hier nicht entscheidend sein kann, wo der Auftrag nicht auf stellvertretende Geschäftsführung geht, sondern auf Dienstleistungen faktischer Natur, die ein derartiges höher gespanntes Vertrauen in die Geschäftsfähigkeit des Beauftragten nicht voraussetzen, zugleich aber Leistungen persönlicher Art, zu welchen auch der Gemeinschuldner noch immer sich verpflichten und verpflichtet bleiben kann.[21]

Ein Rückblick auf die vorstehenden Ausführungen zeigt, daß in den zu 1 bis 7 besprochenen Punkten sich die oben (§ 96) aus allgemeinen Erwägungen hergeleitete Analogie des „Bevollmächtigungsvertrages" für Aufträge zu unentgeltlicher „Dienstleistung" im Einzelnen bewährte, während allerdings diese Analogie in gewissen Punkten, zu 8 bis 10 abzulehnen war. Aber nicht nur, daß erstere in der großen Mehrzahl sind, daß ferner in dem einen der letzteren Punkte (9) die Anwendbarkeit der Mandatsnorm (des § 1012) nicht so sehr aus prinzipiellen Gründen ausgeschlossen erschien, als vielmehr nur, weil bei Dienstleistungen, wie sie hier in Frage kommen, das tatsächliche Substrat fehlt: — auch wo (zu 8 und 10) die Unterstellung unter gewisse Normen des Bevollmächtigungsvertrages wirklich aus inneren Gründen verwehrt erscheint, bedeutet dies doch lediglich, daß hier einzelne Besonderheiten des Bevollmächtigungsvertrages entfallen müssen, so daß es in diesen Richtungen für die Zusage unentgeltlicher „Dienstleistungen" bei den Normen des allgemeinen Vertragsrechtes verbleibt. Eine grundsätzliche Gleichstellung solcher Aufträge mit dem Lohnvertrag kann darin nicht erblickt werden. Und das umsoweniger, wenn man schließlich beachtet, daß anderseits gerade gewisse für den Lohnvertrag charakteristische Normen der Übertragung

[20] Oben S. 708.

[21] S. oben S. 707 bei N. 21.

auf derartige Aufträge durchaus widerstreben. Es sind das die bereits oben berührten Vorschriften (§§ 1155, 1156 und 1160) über das Tragen der Gefahr, sowie die Normen über den Rücktritt vom Vertrage wegen mangelhafter Erfüllung oder Verzugs des Bestellten (§§ 1153, 1154). Ist doch das Rücktrittsrecht neben oder an Stelle von Erfüllungs- und Schadenersatzanspruch (§ 919) überhaupt von Interesse nur bei Entgeltlichkeit des Vertrages,[22] gleichwie auch die Mängelhaftung bei der Werklieferung, als eine in jenen Gesetzesstellen besonders ausgestaltete Gewährleistung, von der Entgeltlichkeit (§ 922) des Geschäftes losgelöst nicht zu denken ist. Vielleicht die einzige dem Lohnvertrage eigentümliche gesetzliche Bestimmung, deren Übertragung auf die unentgeltliche Arbeitsübernahme an sich möglich wäre, ist die des § 1157. Allein auch diese Übertragung scheitert an der Erwägung, daß die dem Arbeiter in § 1157 auferlegte Haftung für die Folgen der Übernahme „untauglichen Stoffes" — und eben da liegt der Kernpunkt der Gesetzesstelle — nichts anderes ist als eine Haftung für sachkundige Raterteilung, eine solche aber gegen den Geist des Gesetzes verstoßen würde, wo es sich um einen Dienst handelt, der nicht „gegen Belohnung" geleistet wird (§ 1300).[23]

Somit kann und muß die Theorie bei dem Ergebnisse bleiben, daß auf den unentgeltlichen Auftrag zu „Dienstleistungen" die gesetzlichen Normen des Bevollmächtigungsvertrages analoge Anwendung zu finden haben.

[22] S. nur Code civ. Art. 1184, D. Mot. II S. 209 f. Für den Fall der Unentgeltlichkeit ist dem Interesse des Gläubigers an der Zurückweisung der Leistung zur Genüge gedient durch die Bestimmung einerseits des § 1020, anderseits des § 1014, wonach er unzweckmäßigen Aufwand des Beauftragten nicht auf seine Rechnung zu nehmen braucht.

[23] S. oben S. 474 f.

Sachregister.

Die größeren Ziffern verweisen auf die Seiten, die beigefügten kleinen Ziffern auf die Anmerkungen.

Ablehnung der Haftung aus der Gastaufnahme 412 f.
Ablehnungspflicht des Mandatars 522.
Abnahme der Verpflichtungen des Mandatars durch den Mandanten 647 f.
Abnützung des Lehnstückes 231.
Abrechnung 169 ff.
Abschluß des Bevollmächtigungsvertrages 518 ff.
— des Darlehens 66 ff.
— der Gastaufnahme 400 ff.
— des Leihvertrages 214 ff.
— des regelmäßigen Verwahrungsvertrages 297 ff.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrages 372.
Actio contraria, s. Gegenansprüche.
Advokaten 519 ff., 540 44, 608, 661 f., 663, 668 f.
Akkreditiv 476.
Akzessionen, Herausgabe beim Bevollmächtigungsvertrag 573.
— — Leihvertrag 228.
— — Verwahrungsvertrag 319.
Amtspflicht 468.
Anerkennung 169 ff.
Anfechtbarkeit 156 ff.
Anfechtungsobligation 10.
Anleihen 178 ff.
Annahme des Auftrags 519 ff., 554.
Annuitätendarlehen 105.
Antwortpflicht 520 f., 737.
Anweisung 478 ff.
— der Darlehensvaluta 80 f.
Anzeigepflicht des Mandatars 550.
Arbeitsverträge 459, 725.
Armenvertretung 521, 651, 662 f., 666 1.
Aufkündigung des Mandats 690 ff.
Aufkündigung unentgeltlicher Dienste 736.
Aufopferung der eigenen Sache 232 ff., 304, 327.
Auftrag 420, 425, 428 ff.
Aufwand des Depositars 326 ff.
— — Kommodatars 240 ff.
— — Mandatars 648 f.
— — Prekaristen 275.
Auslegung von Verträgen und Gesetzen 541 ff.
Ausübung eines Rechtes, Gegenstand des Mandats 513 ff.

Bankdepositen 350.
Bankdepot 360 ff.
Barkaution 58 f.
Beamtenvertrag 463.
Befehl 466 ff.
Besitzerwerb, Gegenstand des Mand. 509 ff.
Besitzkondiktion 217.
Besitzverhältnis beim Depositum 310 ff.
— — Kommodat 221 f.
— — Prekarium 264 ff.
— — bei der Sequestration 347.
Bevollmächtigungsvertrag 419 ff.
— geschichtliche Entwicklung 421 ff.
— und Anweisung 482 ff.
— und Dienstleistungen 725 ff.
— Gesellschaftsvertrag 496 f.
— Lohnvertrag 492 ff.
— Trödelvertrag 488 ff.
— Verwahrungsvertrag 491 f.
Beweis des Bevollmächtigungsvertrages 589 ff.
— des Darlehens 88, 159 ff.
— der Gastaufnahme 405 f., 416.

Beweis des Leihvertrages 227.
— des Verwahrungsvertrages 321 ff.
— des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages 376.
Bonae fidei judicia 98 f., 541.
Borgen 35 f.
Bote und Stellvertreter 505 ff.
Botenauftrag und Mandat 502.
Bürgerpflicht und Mandat 467.

Causa der Anweisung 483 f.
— des Bevollmächtigungsvertrages 421, 457 ff.
— — Darlehensvertrages 16 f., 26 ff.
— — Leihvertrages 188.
— — (uneigentlichen) Nießbrauches 51 f.
— — uneigentlichen Pfandvertrages 58 ff.
— der Sequestration 341 ff.
— des Summendepositums 381 ff.
— — Verwahrungsvertrages 282.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrages 57, 354, 358 ff.
Compensatio lucri cum damno 560 ff.
Condictio sine causa und Darlehen 40 f.
— — und Leihvertrag 216 ff.
Contractus socidae 58.
Contrarius consensus 678.
Couponprozesse 127 f.
Culpa, s. Haftung.
Custodia, s. Obsorge.

Darlehensvertrag 15 ff.
— Definitionen 15, 18, 21, 24 f.
— geschichtliche Entwicklung 19 f.
— und Barkaution 58 ff.
— Diskontogeschäft 49.
— unregelmäßiger Mietvertrag 57 f.
— uneigentlicher Nießbrauch 50 ff.
— unregelmäßiger Verwahrungsvertrag 55 ff.
— Vorschuß 46 ff.
Deliktsklage gegen den Gastwirt 415 f.
— dem Leihvertrag 235.
Depositum, s. Verwahrungsvertrag.
Depot zur Deckung 297, 376 1.
Depotschein 322 f., 331.
Depotzinsen 365 f.
Dienstleistungen, unentgeltliche, 423, 447, 449, 452, 725 ff.
Diligenzpflicht beim Bevollmächtigungsvertrag 539 ff.
— bei Dienstleistungen 737 ff.
Diskontogeschäft 49.
Dritte, Haftung für diese beim Depositum 307 ff.
Dritte, Haftung für diese beim Kommodat 234.
— Hinterlegung zu Gunsten Dritter 301 ff.
— Mandat zu Gunsten Dritter 480 f., 628 ff.
— Verträge zu Gunsten Dritter 637 ff.

Ehegatten, Darlehen zwischen 29, 87 ff.
Eid 323, 416.
Eigenmacht des Deponenten 310 ff.
Eigentumsverhältnisse bei Darlehen 16.
— Leihvertrag 193, 243 f., 245.
— Verwahrungsvertrag 285 ff., 339.
— unregelmäßigem Verwahrungsvertrag 370, 378, 368 ff., 391.
Einzelsachen 78.
Endigung des Bevollmächtigungsvertrages 672 ff.
— der Gastaufnahme 414 ff.
— des Leihvertrages 244 ff.
— — Verwahrungsvertrages 338.
Entgelt beim Bevollmächtigungsvertrage 421 ff., 451 ff., 461, 644, 660 ff.
— — Darlehen 19, 129 ff.
— — Leihvertrag 189.
— — Verwahrungsvertrag 288 2, 328.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrag 372.
Erben, Eintritt in den Leihvertrag 252 f.
— — das Prekarium 275.
Erfindung in fremdem Dienst 517.
Erfolghaftung 658.
Erfüllungshandlungen, Annahme durch 525, 527 ff.
Erfüllungsort, s. Ort der Erfüllung.
Ermächtigung 436 ff.
— und Anweisung 482.
Ersatzzinsen 580, 651 f.

Fälligkeit, der Zinsen 135, s. auch Zeit der Rückgabe.
Fideikommissarische Substitution 52 47, 643.
Fiduziarische Geschäfte 574 ff.
Foenus. foen. nauticum 19.
Forderungspapiere 179 ff.
Form des Abschlusses des Bevollmächtigungsvertrages 522 f., 636.
— — Darlehens 67, 87.
— der Gastaufnahme 401.
— des Leihvertrages 214.
— des Verwahrungsvertrages 299 f.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrages 372.
Fraudatio creditorum 89.
Fremde Sachen, Darlehen 72.

Fremde Sachen, Leihe 192 f.
— — Verwahrung 285 f.
— — Rückgabe 197 ff., 240 5, 285.
Früchte, s. Akzessionen.

Garantievertrag 475 f.
Gastaufnahme 395 ff.
Gebrauch der geliehenen Sache 188, 211, 220 f., 271 f.
— der verwahrten Sache 310, 359 f., 380, 390.
Gefahr des Untergangs der Gattung 96 f.
— — Handeln des Mandatars auf Gefahr des Mandanten 652 ff.
Gefährdehaftung 659 f.
Gegenansprüche (actio contraria) gegen den Auftraggeber 440, 644 ff.
— — Darleiher 94.
— — Verleiher 239 ff.
— — Verwahrer 325 ff.
Gegenwärtige und zukünftige Güter 25 f.
Geheime Vollmacht 432.
Gehilfen des Beauftragten 604 ff.
— des Verwahrers 308 f.
Geld, ausländisches 111 f.
— verbotenes, verrufenes, 109 4.
— Währungsgeld 109 5, 6.
Gelddarlehen 60 ff., 95 ff., 108 ff.
Geldersatz für verlorene Sachen 236 ff., 321.
Geldschulden 108 ff., 115 ff.
Geldsortendarlehen 96 f., 108 ff.
Gemeinschuld, Darlehen als 95 ff.
Gerichtliche Hinterlegung 348 ff.
Geschäftsbesorgung des Mandatars 446 ff., 458 ff.
— im eigenen Namen 453 ff.
— Inhalt derselben 549 ff.
Geschäftsführung (unbeauftragte) 9 35, 70 26, 556 f., 616.
Gesellschaftsvertrag und Bevollmächtigungsvertrag 496 f.
Gesetzesauslegung 544 ff.
Geteilter Auftrag 617.
Gewalten, privatrechtliche 468.
Gewinn des Mandatars 571 f.
Girokonto und Depositum 374.
Gutsübernahmeverträge 643 28.

Haftung für die Herausgabe beim Bevollmächtigungsvertrage 566 ff.
— bei der Gastaufnahme 395 ff.
— beim Leihvertrage 230 ff.
— — Verwahrungsvertrage 303 ff.
— für Dritte, s. Substituten und Gehilfen.
Handlungsfähigkeit beim Abschluß des Darlehens 74 f.
Handlungsfähigkeit beim Abschluß des Leihvertrages 215.
— — Prekariums 275.
— — Verwahrungsvertrages 300 f.
Herausgabepflicht des Mandatars 566 ff.
Hingabe der Sache beim Darlehen 71 ff., 80 ff.
— — bei der Gastaufnahme 400.
— — beim Leihvertrage 189.
— — beim Verwahrungsvertrage 299 f.
— — beim unregelmäßigen Verwahrungsvertrage 371.
Hinterlegung 281.
— Gerichtliche 348 ff.
Honorar 461, 465 f.

Immaterialgüterrechte 206 32.
Immobilien, Gegenstand des Verwahrungsvertrages 284.
Impensen, s. Aufwand.
Inhabung des Beauftragten 512 f.
— — Entlehners 221 f.
— — Verwahrers 310.
— im Allgemeinen 223 ff., 313 ff.
Inhaberpapiere 184.
Instruktionen des Auftraggebers 551 f.
Interesse an der Ausführung des Mandats 471 ff.
Interessenkollision 533.
Irritatorische Klausel 105.

Jagdrecht 207 33.
Juristische Personen 702 f.
Jussus 466 f.

Kapital 18, 21, 22 ff.
Kapitalzinstheorien 24 ff.
Kassahaltung 361.
Kassatorische Klausel 104, 105 ff.
Kauf auf Borg, s. Kreditkauf.
Kausalhaftung 657 f.
Kaution 48.
Klingende Münze 110.
Kollektivvollmacht und -auftrag 617 ff.
Kommissionsgeschäft 454 ff.
Kompensation beim Bevollmächtigungsvertrage 598, 666 f.
— — Darlehen 104.
— bei der Gastaufnahme 402.
— beim Leihvertrag 243.
— — Verwahrungsvertrag 329, 333 f.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrag 373 f.
Konkurs des Ehegatten 89 f.
— beim Leihvertrag 218.
— — Verwahrungsvertrag 329 3.

Konkurs beim unregelmäßigen Verwahrungsvertrag 370, 387, 390.
— Endigung des Bevollmächtigungsvertrages durch 703 ff.
— der unentgeltlichen Dienstleistung 738.
Konsens beim Bevollmächtigungsvertrage 518 ff.
— — Darlehensvertrage 40, 67 f.
— — Darlehensvorvertrage 174.
— bei der Gastaufnahme 490 f.
— beim Leihvertrage 214.
— — Verwahrungsvertrage 299 f.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrage 372.
Konsumption 74, 79.
Kontrahierungszwang 521.
Kontokorrentvertrag und Verwahrungsvertrag 295.
— und unregelmäßiger Verwahrungsvertrag 374.
Konventionalstrafe und kassatorische Klausel 105 f.
Korrealität und Solidarität 620 ff., s. Mehrheit der Subjekte.
Kredit 26, 27 f., 30 ff., Sprachgebrauch 33 ff.
Kreditauftrag 476.
— -briefe 476.
Kreditkündigung 477.
Kreditöffnungsvertrag 177.
Kreditgeschäfte 26 ff., 83.
Kreditzinsen 580 ff.
Kreierung von Wertpapieren 184 ff.
Kündigungsfrist für das Darlehen 102 f.
— — den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag 373.
Kündigung des Mandatars 690 ff.
— — bei unentgeltlichen Dienstleistungen 736.
Kurswert 112 ff., 117 ff., 122 ff.

Lagerhausgeschäft 290 11, 298, 305 f., 309 33, 320 27, 322 6, 329 4, 368 5, 392.
Lagerschein 322.
Lebensversicherung zu Gunsten Dritter 643.
Legalbefristung 249 ff.
Leihvertrag 187 ff.
— und Schenkung 201 ff.
Lex commissoria und kassatorische Klausel 105 f.
Liberierung durch den Mandanten 647 f.
Lohn, s. Entgelt.
Lucrum, compensatio lucri cum damno 560 ff.

Mandatum 419 ff.
— **custodiae** 283 11.
— **mea, tua gratia** 471 ff.
— **post mortem** 698.
Mäkler 503, 533 15.
Mehrheit von Subjekten beim Bevollmächtigungsvertrag 616 ff., 670 f., 714 f.
— — Darlehen 66 1.
— — Leihvertrag 251 ff.
— — bei der Sequestration 343.
— — Verwahrungsvertrage 341, 343.
Metallwert 118 f.
Mietvertrag, unregelmäßiger 57 f.
Mohatrae contractus 83.
Mora, s. Verzug.
Münze 116.
Mutuum 19, 25 60, s. Darlehen.

Negotiorum gestio, s. Geschäftsführung (unbeauftragte).
Nennwert 117 ff.
Nichtigkeit 154 ff.
Notare als Mandatare 522, 662.
Notariatszwang 29 19, 51, 87 ff., 133, 161, 173, 372 14.
Nutzung der anvertrauten Sache durch den Beauftragten 571 f.
— — Entlehner 211 f.
— — Verwahrer 362.

Obsorge des Verwahrers 282, 292 ff.
— — als causa des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages 358 ff.
Öffentlich-rechtliche Verhältnisse, Auftrag 501.
Offene Vollmacht 432, 569 f.
Ordrepapiere 181.
Organisation, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen 462 ff.
Ort der Erfüllung beim Darlehen 126.
— — Leihvertrage 229.
— — Verwahrungsvertrage 319.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrage 373.

Quantitäten 74, 78.
Quasinießbrauch 50 ff.
Querela non numeratae pecuniae 29, 51, 164 ff.

Pactum de contrahendo, s. Vorvertrag.
Papiergeld 110, 116.
Pauschalierung des Kostenersatzes 647.
Pfandvertrag, unregelmäßiger und Darlehen 50 ff.

Pfandvertrag, unregelmäßiger und Verwahrungsvertrag 292, 295, 297.
Pignus irregulare, s. Pfandvertrag.
Postsparkassen 393.
Präklusivfristen im allgemeinen 249 ff.
— beim Leihvertrage 218, 235, 257.
— bei der Sequestration 346.
— beim Verwahrungsvertrage 340.
Prekarium 260 ff.
Privatbeamte und Bevollmächtigungsvertrag 469.
Prozeßvollmacht 499, 525, 698, 707, 712, 722 15.
Probe, Kauf auf 213 f.

Rat 473 ff.
Realkontrakt 43 ff.
— das Darlehen als 36 ff.
— die Gastaufnahme 400 f.
— der Leihvertrag 189 ff.
— der Verwahrungsvertrag 284.
Rechtsbesitz des Entlehners 221, 223 ff.
Rentenbegebung 178 f.
Rentenkauf 19.
Retentionsrecht 331 ff.
— des Auftraggebers 596.
— Beauftragten 667.
— Entlehners 243.
— Verwahrers 329 ff., 346.
Richterliche Bevollmächtigung 447.
Rückforderung, s. condictio sine causa.
Rückzahlbare Anleihen 179.
Rückzahlungsvaluta 108 ff.

Sachdarlehen 60 ff.
Sache 727 ff.
Safe deposits 394.
Sammeldepositum 389 ff.
Schätzungseid 323 ff.
Schätzwert, vereinbarter 212 f.
Scheck 479 7, 480 13.
Schenkung und Leihvertrag 200 ff.
— Dienstleistungen 728 ff.
Schenkungen an den Beauftragten 533.
Schloß und Siegel, Verletzung von 323 ff.
Schuldscheine bei Darlehen 88, 159 ff.
— bei unregelmäßigen Verwahrungsverträgen 376.
— öffentliche 62, 63 ff.
Schuldverwandlung 169 ff.
— bei einzelnen Verträgen 84 ff., 215, 295, 299, 356 f., 369 f., 678.
See, Beförderung zur 395 6.
Selbstkontrahieren des Mandatars 537 ff.
Senatus Consultum Macedonianum 29, 51, 91.
Sequestrierung 301 f., 331, 341 ff., insbes. 342 6.
Soldaten, Darlehen an 91.
Solidarität, bloße 617, 620 ff.
— wegen Unteilbarkeit der Leistung 253 ff., 257 ff., 343.
Sparkasseneinlagen 367 f.
Spezifikation als Gegenstand des Bevollmächtigungsvertrages 516.
Staatskassen 92.
Stellvertretung Gegenstand des Bevollmächtigungsvertrages 421, 447 ff.
— geschichtliche Entwicklung 422, 424 f.
— indirekte 453 ff.
— im Besitzerwerb 509 ff.
— in Delikten 500 f.
— in der Erfüllung 515.
— in der Rechtsausübung 513 f.
— im Abschlusse des Darlehens 69.
— beim Leihvertrage 215 7.
Strenge Forderungen,
Stricti juris judicia 98 ff.
Stundung 28 f., 34.
Subdeposition 308 ff.
Subordinationsverhältnisse 467 ff.
Substituten 604 ff., 717.
— bei unentgeltlichen Dienstleistungen 737 f.
Summendepositum 377 ff.
System der Schuldverhältnisse 3 ff.

Tausch gegenwärtiger und zukünftiger Güter 25.
— und Darlehen 60.
Tilgung, s. Endigung.
Tod des Auftraggebers 695 ff.
— — Beauftragten 699 ff.
— — (bei Dienstleistungen 736).
Traditio brevi manu 71, 85.
Treupflicht des Beauftragten 464 f., 541 ff.
— bei unentgeltlichen Dienstleistungen 738.
Trödelvertrag 83, 488 ff.

Übergabe beim Darlehen 71 ff., 87 f.
— — indirekte 80 ff.
— — Leihvertrage 214.
— — Verwahrungsvertrage 299 ff.
Überschreitung des Auftrags 554 ff.
Ultra alterum tantum, Zinsverbot 136.
Unerlaubtes Mandat 497 ff., 551.
— Darlehen 90 ff.
Unmöglichkeit der Ausführung des Auftrags 553, 676 f.
Unterschlagung der verwahrten Sache 321 30.

Unvererblichkeit des Mandats 695 ff.
Urheberrecht, Leihe 206.
Ususfructus 55.
Usura 19, 23.

Valuta 108 ff.
Verbrauch, ſ. Konſumption.
Verbrauchbare Sachen 17, 187 f., 284.
Verfügungsmacht 435 f.
Verjährung 247, 249 ff.
Verkaufsauftrag 488 f.
Vermengung 73 f., 76 ff.
Vermengungsdepoſitum 389 ff.
Verpfändung von Wertpapieren (Darlehenshingabe) 84.
— des Lehnſtückes 211 12.
Verſicherung der verwahrten Sache 305 10, 320 27.
Verträge zu Gunſten Dritter, ſ. Dritte.
Vertretbarkeit 18, 20 f., 23, 33, 60 f., 192, 284, 351, 354, 376, 389.
Verwahrungsvertrag 281 ff.
— und Bevollmächtigungsvertrag 290, 491 f.
— und Leihvertrag 288.
— — Lohnvertrag 291.
— — Miete 289.
— — Pfandvertrag 292.
— unregelmäßiger 351 ff.
— im öſterreichiſchen Recht 358 ff.
— Unterſcheidung von Darlehen und regelmäßigen Verwahrungsverträgen 353 ff., 367 ff.
— einzelne Rechtsſätze 370 ff.
Verwendungszinſen 585 f., 651 f.
Verzug des Mitſchuldners 255 f.
— bei Darlehen 105 29.
— — Leihverträgen 231, 239.
— — Verwahrungsverträgen 306, 318, 326.
Verzugszinſen 581 ff.
Vis major 410 ff., 693 63.
Vollmacht und Auftrag 428 ff.
— geheime, offene 432, 523 f., 569 f.
— Erlöſchung derſelben 673 ff.
Vorgänge, unredliche, ſ. Wucher.
Vorſchuß 47 ff.
Vorſchußpflicht des Auftraggebers 650 f., 735.
Vorteilsausgleichung, ſ. lucrum.
Vorteilszuwendung 628 ff., 631 ff.
Vorvertrag zum Darlehen 37 ff., 172 ff.
— — Leihvertrage 189.
— — Sequeſtrationsvertrage 345.
— — Verwahrungsvertrage 297 f.
Vorzeitige Rückgabe, ſ. Zeit der Rückgabe.

Währung 114 ff., 124 ff.
Wechſel 28, 62 17, 64.
Wert von Waren, Forderungen uſw. als Darlehen 61 f.
— als Gegenſtand des Verwahrungsvertrages 372.
— — äußerer, innerer von Münzen 121.
Widerruf des Auftrages 679 ff., 735.
Wiedergefundene Sache 236 ff.
Wiederkauf, Verkauf auf 84.
Willenstheorie und Vollmacht 443 ff.
Wirtſchaftlicher Zweck, ſ. causa.
Wuchergeſchäfte 137 ff.
Wuchergeſetzgebung 137 f.

Zahlung, Gegenſtand des Mandats 515.
Zeit der Rückgabe beim Darlehen 25, 101 ff., 181.
— — Leihvertrage 188, 214, 225 ff., 272.
— — bei der Sequeſtration 346.
— — beim Verwahrungsvertrage 316 ff.
— — unregelmäßigen Verwahrungsvertrage 373.
Zeitablauf, ſ. Präkluſivfriſt.
Zinſen beim Darlehen 19, 60 1, 129 ff.
— — Verwahrungsvertrag 364 f., 372 f.
— geſetzliche 578 ff.
Zinsfuß 137 ff.
Zinstaxen 151 ff.
Zufallshaftung 657 ff.
Zuwachs, ſ. Akzeſſionen.
Zwangskurs 109 6, 110 11.

Quellenregiſter.

I. Allgemeines Bürgerliches Geſetzbuch.

§

5. 547 79 a.
6. 544 f.
7. 200, 545 f.
19. 312, 315 f.
21. 458 3.
26. 463 32, 715 6.
34 ff. 126.
37. 142 35.
49. 448 11.
75. 448 11.
81 f. 448 11.
91, 92. 468.

121. 632.
142. 728 12.
144. 468.
150. 603.
151. 76.
152. 448 11.
163. 626 46.
195. 292 20.

205. 532.
210. 610 32, 617 4.
217. 292 20, 468.
222. 283 9.
223. 282 3.
230. 104 27.
233. 283 9, 338 4.
235. 585 108.
243. 448 11.
246—248. 42 35, 76, 216 15, 219.
263. 603.
269. 283 9.
282 ff. 603.
292. 199, 727.

§

301. 187, 199 2.
303. 727.
304. 588 127.
307. 224.
308. 510 6.
309. 221, 223, 510.
310. 448 11, 510.
311. 195.
312. 199, 221, 283 10.
313. 199, 202 11, 221, 223, 266 ff.
315. 283 10, 727 11.
319. 310, 727 11.
323. 227 8.
326. 219.
327. 225.
329. 79 55, 198 43.
330. 198 43 241 11, 573 41, 589.
331. 234, 241 11, 242, 243 21.
332. 243.
334. 330, 334.
335. 79 55, 198 45, 219, 573 41.
336. 275, 603.
338. 79 55, 293.
339. 223, 311 9.
344. 310 f., 315 f.
345. 266 f., 270, 311.
346. 223, 262 8, 266 f., 270 30, 275.
347. 350.
348. 198 41, 199 46, 347 28, 350.
356. 196 28.
367. 73, 283 11, 435, 438.
371. 65 34, 73, 76 ff., 183 33, 392 12, 570 23.
372. 217, 267 23.
375. 197 f., 285 24.
390. 282 3, 293.

§
391. 335.
392. 584 102, 588.

403. 335, 447 7.
415. 74, 76 ff., 335 36, 388, 391 f.
418. 435, 437 48, 438.
425 ff. 567.
427. 727 11.
428. 85, 299, 385.
429. 230 25.
430. 728 14.
440. 728 14.
448. 575 48.
455. 282 3, 633 23.
456. 435.
459. 59, 136 44.
463. 575 48.
467. 277.
468. 468, 575 48, 577.
471. 243 f., 282 3, 329, 331, 332 22, 24, 25, 333 26, 334, 336 ff., 596 33, 667.
479. 204 22, 263.
481. 50.

510. 50, 51 39, 55, 352 5.
513. 229 16.
514. 130 5, 580 84, 589 128, 728 12.
519. 229 15.
520. 51, 727 11.
521. 727 11.
527. 50.
529. 50.
535. 727 10.
550. 258.

613. 52 46, 213 28, 577.
630. 282 3.
633. 727 11.
663. 132.
664. 727 11.
665. 632 18.
666. 132.
682. 632.
685. 580 84.

704. 663.
709. 575 48, 643.
720. 632.
757. 52 46, 55 62.
773. 632.
778. 727 12.
786. 603 66.
789. 49 22.

816. 458 4, 10, 603, 688 43, 698.
820. 258.

§
824. 73.
825. 603 65.
830. 591 8, 603.
833. 619.
836. 715.
837. 213 28, 591 8, 594 19, 603.
838. 619 16.
859. 4 10, 479.
860. 4, 10.
861. 167, 479.
862. 528, 530.
863. 543, 662, 684.
864. 134 29, 337 45, 428 47.
865. 75, 167 28, 215, 219 29, 301, 632.
866. 42 35, 76 33, 92, 216 15, 219.
867. 448 11, 458 3, 703.
869. 42 35, 68 15, 149 69, 497.
871. 155 106, 506 27, 543.
874. 42 35, 69 15, 146 55, 298 5.
875. 543.
876. 543.
877. 39, 75, 145, 217, 632.
878. 42 35, 43 36, 60 2, 63 23, 93, 109 4, 150 74, 193 f., 286 29, 497.
879. 150 75, 464 40, 663.
880. 60 2, 109 4.
881. 70, 629 5, 639—641.
883. 168.
884. 67 4, 159 3, 160 6.
887. 159 3, 162 20, 165, 578 72.
888. 255, 256, 259, 626, 671.
889. 254, 256, 259, 618.
890. 253, 254, 256, 258, 259, 261 43, 282 3, 346.
891. 252, 254 14, 256, 260, 260 43, 617, 621, 622 33, 623, 625.
892. 252, 260 43.
893. 623, 624.
894. 714 1.
895. 714 1.
896. 43 39, 91, 617, 618 12, 621 ff., 671.

901. 546 72, 575 48, 643.
902. 103, 546.
904. 38 11, 102 5, 318, 530, 542 59, 546.
905. 39, 110 f., 126, 319 17.
906. 111.
912. 129, 133 24, 134, 580.
913. 573 41.
914. 54, 542 57, 544.
915. 221 11, 227, 230 24, 543 62.
916. 86, 165.
918. 696 2.
919. 38 13, 105 35, 176 23, 556, 692 59, 740.

§
920. 678.
921. 46, 134 29, 337 45, 453.
922. 134 29, 727 11, 740.
926. 633 23.
931. 633 23.
936. 38, 101 3, 174, 176 23, 177, 189 1, 191, 284, 294 30, 298 5, 345 23.
937. 546.
938. 191, 201 8, 727 ff.
940. 462 27.
942. 732 30.
943. 36 1.
945. 239 2, 240.
947. 130 5, 132 19.
953. 89.
954. 130 5.
957. 36 1, 37 7, 56, 190, 281, 284, 287, 288, 294, 297 f., 358 f.
958. 16, 282 f., 294, 299 7, 310, 313, 430 7, 464 40, 513.
959. 85, 190, 215, 228 12, 281, 289, 339, 355—369, 383 15, 435.
960. 283, 285, 293, 295 38, 314, 341, 366, 420, 492, 494 20, 513, 643.
961. 281—283, 295, 303, 316, 325, 338, 346, 464 40, 573, 645 2.
962. 57 11, 228 11, 282 5, 289, 294, 298, 301 22, 305, 308, 310 4, 313, 317 ff., 322 7, 326, 339 4, 340, 346, 373, 402, 536 31, 553 27, 680 5.
963. 282 5, 316 ff., 338, 402.
964. 232 17, 233, 295, 304 ff., 327 10, 346, 349, 402, 553 27, 650 28.
965. 192 7, 231 f., 295, 305—309, 318 f., 322, 331, 339, 346, 349, 402, 610 36, 613, 622 32.
966. 284 17, 300 18, 19, 322 ff., 346, 349, 401 7, 402, 412 1, 416.
967. 239 1, 245 12, 246 16, 251 36, 281, 285, 289, 294, 299 12, 301 22, 306, 326 f., 340, 346, 349, 402, 416, 417.
968. 302, 341 f., 345 21, 350.
969. 57 11, 288 f., 293 28, 328, 337, 346, 372, 661.
970. 395—418.
971. 16, 36 1, 187 ff., 191, 192 2, 199, 201 8, 211, 260, 262, 272, 358.
972. 187 ff., 211 15, 221.
973. 188, 219 2, 221, 226, 271, 546.
974. 226, 260 f., 266, 272 f., 277, 279, 280, 730.
975. 227.

§
976. 187, 190 7, 196, 215, 226 ff., 244, 272, 273 5, 289.
977. 187, 189 3, 210 8, 213 29, 218, 220 2, 228, 231 12, 239 4, 241 13, 244, 546.
978. 190 7, 192 6, 211, 213 29, 215, 221, 228, 231, 244.
979. 198, 211, 230 f., 233, 294 35.
980. 187, 200 7, 235 ff., 321, 335 36.
981. 219, 229, 231 f., 233, 240 ff., 275, 289, 586.
982. 187, 200 7, 210, 213 29, 218, 231, 235, 240 6, 245, 246 16, 251, 257, 275, 340 15, 515 10.
983. 15, 36 f., 50, 60, 80, 83 25, 95 2, 101 3, 102, 109, 173 4, 179, 189 1, 190, 272, 284, 298 1, 577 59.
984. 36, 45, 60, 95, 108, 132, 133 26, 589 128.
985. 61, 65.
986. 51, 108, 110 10.
987. 109 8, 111, 116, 121.
988. 96 12, 114 27, 116, 121.
989. 97 17, 112, 114 27, 116, 121 69.
990. 29, 51, 61, 62 ff., 82, 84, 95 2, 96 8, 109, 113 26, 114 27, 138, 212 21.
991. 29, 51, 54, 58, 62 f., 65 f., 81 f., 130 6, 138, 212 21, 372.
992. 18 18, 51, 58, 60, 62, 95, 97, 114 27.
993. 61 9, 64, 129 ff., 137 5.
994 ff. 131 ff., 137 5.
995. 581, 584, 586, 589 128.
996. 137 5.
997. 135 39.
998. 131, 136 40.
999. 131.

1001. 29, 51, 57 11, 60, 80 4, 88 7, 9, 159 ff., 164, 168, 183 f., 376.
1002. 83 26, 419—421, 429 3, 434, 438 f., 446 ff., 459, 471, 483, 488, 492 7, 496 f., 502, 516, 517, 549, 569, 629 f., 646, 647 11, 654 11, 690, 728 12, 737.
1003. 420, 469 17, 520 f., 523, 533, 737.
1004. 328 20, 337 45, 428 46, 47, 455 8, 459, 466, 492 8, 496, 520 14, 523, 586, 645 4, 649, 660 f., 662 8.
1005. 420, 435, 523 f., 550.
1007. 420, 495 22, 551 19.
1008. 495 22, 525.

§
1009. 420, 440, 445 80, 489, 495, 518, 524, 532, 534, 540, 550 f., 555, 557 16, 558 24, 564, 569 f., 573 39, 585 104, 589, 608, 616 59, 628, 649 f., 656 22, 737.
1010. 308 25, 309 28, 440 57, 448 11, 496 28, 540 43, 604 1, 605—611, 614 49, 619, 696 4, 713, 738.
1011. 204 23, 420, 430 6, 440, 495 22, 616 1, 617 f., 619 16, 717.
1012. 489, 495, 540, 587 122, 589 1, 591 8, 593 16, 594 19, 23, 595, 603, 665, 738 f.
1013. 204 23, 495, 504, 533 ff., 570, 572, 660 f., 738.
1014. 49, 242 19, 326, 430, 485 38, 489, 496, 501, 551, 568, 572 38, 586 f., 593 17, 628, 648 f., 650 f., 652, 654 f., 657, 664, 668, 683, 692 59, 735, 740 22.
1015. 496, 647 11, 657 f., 662 12, 735.
1016. 70 26, 495 22, 506 27, 526 19, 527 23, 550 9, 555 9, 559, 561, 632.
1017. 430, 431, 439, 449, 455, 501, 507 31, 538, 543, 628.
1018. 524 9, 713.
1019. 301, 302 25, 420, 480, 481 18, 516 17, 628—643, 710 36.
1020. 440 56, 485, 489, 496, 634, 652 f., 660, 664 ff., 673 6, 674 9, 679 f., 683, 688 44, 690, 714 1, 735 f., 740 22.
1021. 338 4, 484, 496, 536 31, 634, 652 2, 665 26, 679, 683 20, 690 ff., 694, 714 1, 736.
1022. 415 20, 440, 496, 634 27, 635, 674 12, 13, 695—703, 709, 713 46, 722.
1023. 702 f., 715.
1024. 667 7, 703—711, 722, 738 f.
1025. 415 20, 433 21, 496, 533, 609 26, 668 11, 684, 694, 695, 697, 699, 701 ff., 709 f.
1026. 433 21, 525 15, 555 7, 673 7, 682, 686, 689 48.
1027. 395 5, 432, 434 25, 493, 524.
1028. 433 19, 524.
1029. 401 13, 409 430, 432, 435, 495 22, 508, 524, 543, 550 8.
1030. 432, 515 13.
1031. 33, 440.
1032. 33 f., 430.
1033. 33 f.
1034. 350, 430 6, 431, 434 25, 447, 448 11, 458, 467, 469.
§
1035. 421, 447 5, 448 9, 449 19.
1036. 242 19, 326 8, 327 15, 437, 447 5, 705.
1037. 243, 328, 437, 447 5, 705.
1038. 328 17, 557 18.
1039. 458 10, 526, 591 8, 603, 694 66.
1040. 243, 437, 557, 558, 684, 705.
1041. 649 19.
1042. 648 18.
1045. 727 11.
1046. 60 2, 96 13.
1048. 96 13.
1052. 45 47, 134, 330, 332 25, 335 f., 596 33, 650, 668.
1053. 201 8, 727 11.
1061. 293.
1062. 335, 336 43.
1063. 29 f., 33 f., 213 24, 336 43, 588 128.
1067. 213 27.
1068. 173 4.
1070. 84.
1071. 84, 138, 576 58.
1080. 212 21, 213 28.
1081. 213 26.
1086. 36 1, 488 f., 490.
1087. 82 19.
1088. 455, 490, 491 19.
1090. 58 15, 199 4, 201 8, 211.
1091. 211.
1092. 60 2.
1093. 193, 200 4, 287.
1094. 201 8.
1095. 644 28.
1096. 133 27, 211 14, 220 4.
1097. 213 28.
1098. 205 27, 211 14.

1101. 48 15, 402.
1102. 48 15.
1103. 727 11.
1109. 193, 218, 243 f., 287, 334.
1114. 338 4.
1122. 727 11.
1135. 341 2.
1151. 654 11, 725, 731.
1152. 328, 496, 523 4, 662 8.
1153. 334 33, 669, 740.
1154. 740.
1155. 496, 650 29, 665, 740.
1156. 328 19, 336, 338, 647 11, 664 f., 668 f., 735, 740.
1157. 740.
1159. 470, 493 ff., 508 34, 513 f., 517, 603 74, 661, 687.
1160. 496, 687, 736.

§
1161. 308 25, 309 28, 448, 605 6, 8, 606, 612 41, 738.
1162. 727 12.
1163. 461, 493 15, 494 18, 503 6, 660 f., 663.
1164. 727 11.
1173. 46, 335, 663, 725, 731 f.
1174. 93, 500 19, 535.
1175. 496, 663 f.
1182. 21 34.
1186. 497.
1190. 434, 458 10, 496, 562 45.
1191. 560 ff.
1192. 21 34.
1193. 727 12.
1196. 583 95.
1197. 21 34.
1198. 497, 591 8, 593 16, 603.

1200. 593 18.
1204. 21 34.
1206. 497, 600 51, 715.
1207. 715.
1210. 497, 712 42, 715 7.
1211. 338 4, 497.
1214. 603 67.
1228. 51 39, 58 18, 212 18,
1239. 21 34, 590 4, 603.
1257. 727 11.
1271. 92, 302, 344 f.
1281. 603.
1282. 642 20.
1286. 282 3.
1290. 633 23.
1295. 94, 146 55, 230, 235 31, 239, 317 6, 320 23, 326, 418 17, 474 20, 477 36, 652, 658.
1296. 300 17, 349, 416.
1297. 304, 539.
1298. 63 21, 190 8, 230, 235, 275 14, 300 17, 307, 322, 325, 349, 405, 410, 415 19, 416, 559, 590 2, 610, 692 60.
1299. 304, 309, 320, 405, 418 17, 540, 612 42.

1300. 470 25, 474, 475 22, 23, 477, 540, 740.
1301. 470, 501, 622 29.
1302. 145 53, 501, 621, 622 29, 626 46.
1303. 256, 618 11, 619 14, 621, 714 1.
1304. 63 21, 320, 406, 413, 539.
1305. 317 6, 693.
1306. 306 12.
1309. 292 20, 464 40.

§
1311. 306 12, 13, 404, 540, 610, 655 16, 656, 659, 660 45.
1312. 560, 562 ff., 727 12.
1313. 234, 307, 309, 399, 418 17, 605 8, 606 13, 611, 613.
1314. 308, 399, 404, 612 41.
1315. 309, 339, 404, 605 f., 611 f.
1316. 308 f., 396 7, 397 f., 400, 402 ff., 409 ff., 412 1, 413, 415 ff., 606 13.
1323. 311 9, 312 13, 321, 558 24, 583, 636, 654.
1324. 230, 326, 418 17, 582 f., 584, 586, 654.
1331. 230, 321.
1332. 230.
1333. 114 31, 580—584, 586.
1335. 131, 135 39, 136.
1336. 106, 107 43, 129 3.
1352. 43 39, 91.
1353. 43 39, 132.
1358. 81 14, 648 18.
1359. 628 52.
1365. 651 31.
1368. 361, 59, 190.
1369. 293,
1371. 59, 84.
1372. 136, 138, 603 67.
1376. 84 2, 85, 133, 357, 679.
1377. 679.
1379. 86 13, 159, 172.
1380. 172.
1391. 346 23.
1393. 65 34, 183 33, 576 54.
1394. 147, 727 11.
1396. 147, 578.
1399. 82 21, 338 4.

1400 ff. 479, 481, 632.
1401. 481 18.
1402. 481.
1403. 420, 478, 482—485.
1404. 478, 484 f.
1405. 479 f., 483, 486 f., 633 23.
1408. 479, 483 28.
1409. 478, 485.
1411. 673 6, 676.
1412. 479, 676.
1413. 103, 104 24, 181 23, 227, 546.
1414. 237 46, 238 49, 632 19.
1415. 215 11.
1416. 131.
1417. 102 5.
1419. 414.
1420. 443 71.
1422. 80 4, 81 14.
1423. 80 4, 482 25, 648 18.

§
1424. 75 32, 254, 632 19.
1425. 104 29, 175 21, 199, 253 9, 282 3, 301 24, 331, 339, 350.
1426. 60 3, 330.
1427. 131, 134 32.
1428. 159, 282 3, 330.
1431. 39, 170, 588 126, 727 10.
1432. 89, 91, 247.
1434. 48 17.
1435. 59, 145, 217.
1437. 146, 217, 219, 275 14, 573 41, 589.
1439. 669 13.
1440. 197 36, 243, 287 31, 329 f., 330, 334, 346, 349, 374, 376, 402, 667.
§
1447. 229 18, 553, 573, 599, 624, 650, 676 5.
1449. 249.
1451. 249.
1456. 653 7.
1461. 16, 40, 67 5, 72 10, 421 10, 576, 577 59.
1462. 310.
1464. 267 23, 275.
1465. 249 27.
1478. 600.
1480. 132, 136 42.
1487. 145 48.
1489. 94 3, 145 48, 53, 235 34, 416 f.
1491. 249 27.
1494—1496. 248, 448 11.
1497. 247.

Deutſches Bürgerliches Geſetzbuch.

§
27. 458 10.

120. 506 27.
130. 686 36.
133. 541.
151. 523 5, 527 24, 528 33.
157. 541, 543 61 a, 546, 653 7.
167. 429 2, 438 52.
168. 438 52, 440 56, 675 17, 690.
170. 675 17.
171. 675 17, 432 16.
172. 432 16.
175. 567 4.
181. 538 38.
183. 434 30, 440 56.
185. 434 32.

241. 672 1.
242. 541, 546, 653 7.
249. 558 24.
256. 651 34, 37.
257. 648 15.
259. 592 15, 595 25, 601.
273. 596 33, 667 4.
276. 539.
278. 605 6, 611 37.
281. 573 39.

307. 500 20.
328. 630 6, 634 25, 639 3.
333. 634 25.
334. 638 2.
362. 672 1.

422—425. 621 24.
§
427. 618 8.

609. 680 2.
622. 462 27.
662. 420 7, 425 33, 456 14, 502 1, 730 21 a.
663. 520 14, 523 5, 737 14.
664. 605, 606 9, 607 16, 18, 608 19, 609 28.
665. 550 12, 552 23.
666. 591 8, 592 13, 595 25, 26.
667. 616 59.
668. 571 30.
669. 650 29.
670. 650 25, 653 7.
671. 680 2, 690.
672. 683 22, 696 3, 697 8, 701 25, 709 31, 712, 722 16.
673. 683 22, 697 8, 699 19, 701 25, 26, 712 45.
675. 426, 450 27, 452, 495 23, 502 1, 737 14.
676. 475 23.
681. 458 10.

705. 496 32.
713. 458 10.
783. 482.
787. 483 28, 486 41.

816. 434 32, 437 47.
831. 611 37.
854. 511.
855. 469 21, 512 19.
868. 510 9.

§
1395. 434 32.
1444. 434 52.

§
1978. 458 10.
2218. 458 10.

Schweizer Obligationenrecht.

Art.
36. 429 2, 437 41.
113. 540 46.
321. 191 18.
327. 279 39.
392. 429 2.
394. 420 3.
395. 556 10.
397. 609 28.
398. 591 10.

Art.
400. 648 15, 653 7.
401. 670 20.
402. 693 65.
403. 683 22, 712 43.
437. 48 15.
481. 341 19.
486. 413 9.
512. 48 15.
537. 48 15.

Züricher Geſetzbuch.

§
1138. 305 6.
1143. 352 7.
1149. 413 7.

§
1152. 413 6.
1172. 609 28.

Code civil.

Art.
1119. 641 15.
1121. 641 15, 642 18.
1134. 98 20.
1153. 581 89.
1184. 740 22.
1197. 626 46.
1200. 621 25.
1376. 41 28.
1384. 611 38.
1879. 244 6.
1882. 233 22.
1885. 243 23.
1889. 228 10.
1891. 239 2.
1892. 17 14.
1895. 118 52.
1898. 94 6.
1899. 94 1.
1919. 299 9.
1925. 301 22.
1926. 301 23.

Art.
1927. 304 4.
1946. 286 30.
1949. 281 1.
1952. 411 60.
1955. 342 6.
1956. 344 16.
1963. 342 6.
1984. 428 49.
1991. 683 22.
1992. 540 46.
1993. 591 10.
1994. 610 31, 615 54.
1995. 616 1, 618 8.
1996. 571 30.
1999. 644 1, 665 25.
2000. 653 7.
2001. 651 34.
2002. 670 20, 671 25, 715 4.
2004. 567 4.
2006. 619 18, 686 35.
2007. 692 59, 693 65.
2010. 701 26.

Codice di commercio.

Art. 302, 401, 404. 395 6.

Allgemeines Handelsgesetzbuch.

Art.
42. 431.
43. 431.
57. 364.
42. 421 8, 449 14.
56. 558 24.
93. 36.
94. 565 57.

106. 583 95.

269. 714 1.
271. 395 6.
278. 542, 607 18, 618 8.
280. 618 8.
290. 35 f., 293 26, 328 22, 372, 651 36.
296. 525 15.

313. 297 50, 329 4.
314. 329 3.

Art.
323. 520.
326. 102 4.
334. 103 18.
336. 111 18, 114 27.
360. 454, 460 16.
361. 550 12, 591 8, 595 26, 603.
362. 549 1, 555 3, 5, 556 16.
364. 555 4, 556 10.
368. 389.
369. 28 13, 35 f.
374. 36, 47 7.
376. 490 16.
382. 36, 47 7.
386. 340 13.
390. 395 5.
395. 406 34.

411. 36.
421. 395 5.

Advokaten-Ordnung.

§
8. 661.
9. 540 44.
10. 519 12, 521.
11. 420 2.
12. 313 18, 567, 669 13.

§
13. 567.
14. 608.
16. 663.
17. 660.
19. 329 4, 567, 668.

Exekutions-Ordnung.

§
109. 450 26.
115. 595 29.
153. 583 98, 680 2.

308 ff. 433, 437 42.

§
343. 712 44.
353. 595 29.
354. 595.
368. 595.

Grundbuchs-Gesetz.

§
14. 177 31.

§
31. 525.

Konkurs-Ordnung.

§
1. 706, 708 21.
2. 705, 708.
3. 704 3.
22. 667 7.

§
46. 132.

241. 156.

Notariats-Ordnung.

§
1. 520.
3. 525.
5. 328 22, 520, 522, 662.
34. 522 24.
35. 520.
83 ff. 684 25.
171. 662 10.

Strafgesetz.

§
104. 535 24, 536.
183. 321 30.
199. 371 6.
234. 142 34.
461. 321 30.
467. 206 32.
486. 371 6.

Strafprozeß-Ordnung.

§
48. 141.
365. 141 28.
366. 142.
371. 141 26.
372. 142.

Zivilprozeß-Ordnung.

EG. Art. V. 662 11.
EG. Art. XLII. 597, 601.
§
29. 499.
30. 525.
31. 431, 437 41, 607 15, 608.
32. 431.
35. 698, 707, 712, 722 15.
36. 440 58, 683 22, 698 13.
38. 540 42.
49. 648 17.
64. 521, 651, 662.
66 f. 521.
70. 651.
78. 590 6.
84. 617 3.
177 f. 590 6.
226. 590 6.
227. 601.
228. 599.
233, 236, 259. 599 47.
266. 598 42.
477. 499 15.
599. 499 15.

Gesetze und andere Rechtsquellen verschiedenen Inhalts.

1752. HfD. 23. Sept. 92 12.
1753. Pat. 2. Juni 91.
1761. Pat. 14. August 64 32.
1771. Pat. 1. August 65 32.
1785. Vdg. 23. April 91 6.
„ Pat. 29. Jänner, JGS. 625, 137.
1787. Pat. 1. März, JGS. 636, 164 3.
1789. HfD. 23. Juli, JGS. 1038, 160 8.
1791. Pat. 25. Febr., JGS. 117, 164.
1795. HfD. 25. Juni, JGS. 237, 92 10.
1800. HfD. 5. Dez. 194 19.
1803. Pat. 2. Dez., JGS. 640, 65, 136 44, 137, 151 84, 161 19.
1808. HfD. 20. Mai, JGS. 842, 62 14, 16, 64 29.
1811. Pat. 20. Febr., JGS. 929, 109 6, 8, 110 10, 125.
„ HfD. 27. Dez., JGS. 965, 131 13.
1812. HfD. 21. Nov., JGS. 1016, 136 42.
1816. HfD. 24. April, JGS. 1233, 109 8.
„ HfD. 24. Dez., JGS. 1305, 131 13, 136 44.
1821. HfD. 6. März, JGS. 1743, 141 27, 144 44.
1825. AE. 23. Juni 194 19.

1826. HfD. 7. Juni 196 27.
„ HfD. 25. Okt., Pol. Ges. 54, 92.
„ HfD. 25. Nov., JGS. 2234, 195 21.
1833. HfD. 4. Okt., JGS. 2633, 662 11.
1839. HfD. 29. August 194 19.
1842. HfD. 18. Jänn., JGS. 592, 146 54.
1843. AE. 9. Dez. 91 10.
1846. HfD. 14. Jänn. 194 19.
„ Ges. 19. Okt., JGB. 992, 206 32.
1847. HfD. 19. Juni 180 14.
„ HfD. 27. März, JGS. 1051, 603.
1848. Pat. 2. Juni, JGS. 1157, 112 21.
1849. Vdg. 27. Okt., RGBl. 12, 223 26, 275 14, 312 9.
1850. Ges. 9. Febr., RGBl. 50, 203 15.
„ ME. 16. Nov., RGBl. 448, 348 1.
„ FME. 5. Dez., RGBl. 461, 394 22.
1852. Erl. 5. Febr., RGBl. 43, 34 59, 60.
„ Ges. 15. August, RGBl. 184, 208 39.
„ Pat. 24. Okt., RGBl. 223, 196.
„ Vdg. 15. Dez., RGBl. 257, 348 3.
1854. Vdg. 27. Apr., RGBl. 107, 109 4.
„ 11. Juli, RGBl. 200, 65 32.
„ Pat. 9. Aug., RGBl. 208, 104 31, 594 23.
1856. Vdg. 7. Febr., RGBl. 21, 29 20, 109 8, 110, 112 21.
„ K. 20. Mai, RGBl. 86, 34 60
1857. Pat. 19. Sept., RGBl. 169, 111 14.
„ Vdg. 23. Sept. 91 6.
1858. Pat. 27. April, RGBl. 63, 109 6, 112 21, 113 24, 124 85, 125 88.
„ Vdg. 30. Aug., RGBl. 131, 110 11, 112 21.
„ Vdg. 26. Dez., RGBl. 244, 110 11.
1859. ZirkV. 23. Febr., RGBl. 37, 92 12.
1859. KaiſV. 12. März, RGBl. 46, 348 2.
1862. Ges. 17. Dez., RGBl. 103, 348 3.
1864. FME. 28. Febr. 358 27.
1865. Vdg. 28. Okt., RGBl. 110, 140, 329 4.
1866. Ges. 5. Mai, RGBl. 51, 110 11.
„ Ges. 25. Aug., RGBl. 161, 110 11.
„ Vdg. 14. Dez., RGBl. 160, 61 10, 137, 140 21.
„ Ges. 19. Juni, RGBl. 85, 309 33.
1867. Ges. 21. Dez., RGBl. 145, 349 9.
1867. Ges. 24. Dez., RGBl. (1868) 4, 111 14.
1868. Ges. 14. Juni, RGBl. 62, 61 9, 65, 84, 109, 131, 133, 134 41, 135 f., 138, 166.
„ FME. 30. Okt., RGBl. 146, 361 12.
1869. Ges. 5. März, RGBl. 27, 406 34.
1870. Vdg. 21. Febr., RGBl. 17, 358 27, 394 22.
„ Ges. 9. März, RGBl. 169, 111 14.
1871. Ges. 25. Juli, RGBl. 76, 29 19, 87, 89 f., 161, 636, 726 5.
1872. Ges. 12. Juli, RGBl. 112, 349 9.
1873. Ges. 13. Dez., RGBl. 162, 47 7.
1874. Ges. 24. Apr., RGBl. 48, 185 47.
„ Ges. 24. Apr., RGBl. 49, 180 14, 182 27.
1875. Ges. 3. April, RGBl. 61, 195.
1877. Ges. 19. Juli, RGBl. 66, 138, 143 39.
„ Ges. 5. Dez., RGBl. 111, 182 17.
1878. Ges. 27. Juni, RGBl. 66, 141 25.
1879. Ges. 11. Juni, RGBl. 93, 406 34.
1880. Ges. 29. Febr., RGBl. 35, 195.
1881. Vertr. 6. Mai 194 19.
„ Ges. 28. Mai, RGBl. 47, 67 1, 130 3, 132, 138 ff., 580 79.
1882. Vdg. 10. Okt., RGBl. 163, 393 20.
1883. Ges. 7. Juni, RGBl. 92, 263 9.
1884. Ges. 16. März, RGBl. 36, 90, 386, 450 26.
1885. Ges. 8. März, RGBl. 22, 92.
„ Ges. 15. Mai, RGBl. 77, 133.
1887. Stat. d. ö.-u. Bank, RGBl. 3, 291 16.
„ Ges. 21. Mai, RGBl. 51, 141 25.
1889. Ges. 28. März, RGBl. 32, 182 28.
„ Ges. 28. Apr., RGBl. 64, 287 35, 290 11, 298 3, 305 10, 320 27, 321 33, 322, 329 4, 340 13, 358 27, 368 8, 389 2, 390 4, 392.
1890. Ges. 6. Jänn., RGBl. 19, 207 32.
„ Ges. 26. März, RGBl. 58, 662 10.
1892. Ges. 10. Dez., RGBl. 207, 251 36, 291 17.
1893. Vdg. 21. Juni, RGBl. 103, 291 16, 295 36, 350 15, 351 16, 379 8, 380 10.
1896. Ges. 27. Nov., RGBl. 218, 499 15.
1897. Ges. 11. Jänner, RGBl. 30, 517 27.
1903. Ges. 4. Jänner, RGBl. 10, 499 11.
1906. Ges. 6. März 444 79, 682 11.
„ Ges. 3. April 479 7, 484 33, 34.

LIBRARY
JUL 0 4 1990
UNIVERSITY OF TORONTO

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 09 02 22 12 014 5